



Les dates de naissance des créances

Renaud Noirot

► To cite this version:

Renaud Noirot. Les dates de naissance des créances. Droit. Université René Descartes - Paris V, 2013. Français. NNT : 2013PA05D016 . tel-01215486

HAL Id: tel-01215486

<https://theses.hal.science/tel-01215486>

Submitted on 14 Oct 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paris Descartes
Faculté de droit
École doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit privé
Soutenue le 28 novembre 2013

LES DATES DE NAISSANCE DES CRÉANCES



Renaud NOIROT

Sous la direction de : **Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Membres du jury : **Monsieur Pascal ANCEL** (rapporteur)
Professeur à l'Université du Luxembourg

Monsieur Jérôme FRANÇOIS
Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Monsieur Emmanuel PUTMAN (rapporteur)
Professeur à l'Université Aix-Marseille 3

Madame Isabelle URBAIN-PARLÉANI
Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Abréviations

AGO. Assemblée Générale Ordinaire.
AGE. Assemblée Générale Extraordinaire.
AGS. Association pour la Gestion du régime de garantie des créances des Salariés.
ATD. Avis à Tiers Détenteur.
ASSEDIC. Association pour l'Emploi Dans l'Industrie et le Commerce.
BALO. Bulletin des Annonces Légales Obligatoires.
BIC. Bénéfices Industriels et Commerciaux.
BODACC. Bulletin Officiel Des Annonces Civiles et Commerciales.
CA. Cour d'Appel.
CARPA. Caisse Autonome des Règlements Pécuniaires des Avocats.
CEDH. Cour Européenne des Droits de l'Homme.
CGI. Code Général des Impôts.
CJCE. Cour de Justice de la Communauté Européenne
CMF. Code Monétaire et Financier.
CNC. Conseil National de la Comptabilité.
CNRS. Centre National de la Recherche Scientifique.
CPC. Code de Procédure Civile.
CRC. Comité de la Réglementation Comptable.
CVIM. Convention des Nations unies sur les contrats de Vente Internationale de Marchandises.
EDF. Electricité de France.
EIRL. Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limité.
IAS. International Accounting Standards.
IASB. International Accounting Standards Board.
IFRS. International Financial Reporting Standards.
IR. Impôt sur le Revenu.
JAL. Journal d'Annonces Légales.
JO. Journal Officiel.
PACS. Pacte Civil de Solidarité.
PCG. Plan Comptable Général.
PDEC. Principes Directeurs du Droit Européen des Contrats.
PGD. Principe Général du Droit.
RCS. Registre du Commerce et des Sociétés.
RGCP. Règlement Général sur la Comptabilité Publique.
SARL. Société à Responsabilité Limitée.
SCI. Société Civile Immobilière.
SCP. Société Civile Professionnelle.
SIAGI. Société Interprofessionnelle Artisanale de Garantie d'Investissements.
SICAF. Société d'Investissement à Capital Fixe.
SICAV. Société d'Investissement à Capital Variable.
TGI. Tribunal de Grande Instance.
URSSAF. Unions de Recouvrement des cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : LES CARENCES D'UNE APPROCHE JURIDIQUE DE LA DATE DE NAISSANCE DE LA CRÉANCE

TITRE 1 : CRITIQUE DE LA DATE DE NAISSANCE DE LA CRÉANCE FIXÉE AU STADE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Chapitre préliminaire : L'exposé des thèses en présence

Chapitre 1 : L'argumentation spécifique aux contrats à durée déterminée

Chapitre 2 : L'argumentation spécifique aux contrats à durée indéterminée

TITRE 2 : CONSOLIDATION DE LA DATE DE NAISSANCE DE LA CRÉANCE FIXÉE AU STADE DE LA FORMATION DU CONTRAT

Chapitre 1 : Approche renouvelée d'un principe

Chapitre 2 : Approche renouvelée du « noyau de résistance »

PARTIE 2 : LES VIRTUALITÉS D'UNE APPROCHE ÉCONOMIQUE DE LA DATE DE NAISSANCE DE LA CRÉANCE

TITRE 1 : NOTION DE CRÉANCE ÉCONOMIQUE

Chapitre 1 : Constatation empirique d'une présence de la créance économique

Chapitre 2 : Conceptualisation de la créance économique

Chapitre 3 : Complications de datation de la naissance de la créance économique

TITRE 2 : FONCTION DE LA CRÉANCE ÉCONOMIQUE

Chapitre 1 : La fonction de corrélation entre les produits et les charges

Chapitre 2 : Le schème fonctionnel de la cession de contrat

TITRE 3 : DOMAINE DE LA CRÉANCE ÉCONOMIQUE

Chapitre 1 : La détermination du gage constitué par un patrimoine d'affectation

Chapitre 2 : La détermination du passif exempté de la discipline d'une procédure collective

INTRODUCTION

1. Si dans son sens commun ou financier la créance correspond à une somme d'argent précise que le créancier peut exiger de son débiteur, le sens juridique est plus vaste quant à lui. Au sens juridique, le droit de créance correspond au concept d'obligation¹, un lien de droit² entre deux personnes en vertu duquel le débiteur peut exiger de son créancier de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose³. La créance comporte donc trois éléments constitutifs : un créancier, un débiteur et un objet⁴.

2. La créance revêt une importance particulière en droit, car elle est l'un des deux éléments constitutifs fondamentaux du système⁵ logique et cohérent que forme le droit privé⁶. Pour cette raison, la date de naissance de la créance, qui ne représente pas autre chose que son existence, implique nécessairement des enjeux majeurs en droit. Importants sur le plan théorique, ceux-ci se démultiplient sur le plan pratique. En effet, outre qu'elle concerne deux personnes, un créancier et un débiteur, la créance peut être appréhendée de deux façons par les règles de droit, en tant que lien conditionnant leur application, mais également en tant que bien objet de celle-ci⁷. Cela résulte de la

¹ Les termes droit subjectif personnel, obligation, droit de créance, créance et dette, sont donc en principe tenus pour synonymes car ils renvoient tous au concept d'obligation, dans son ensemble ou à l'un de ses deux aspects actif ou passif, la créance ou la dette. Article 523 de l'avant-projet Catala : « Le droit personnel est celui du créancier d'une obligation à l'encontre de son débiteur ». Cependant, pour une proposition de distinction entre les concepts d'obligation et de créance, voir GHESTIN Jacques, BILLIAU Marc et LOISEAU Grégoire, *Le régime des créances et des dettes*, traité, LGDJ, 2005, n°1 s.. L'obligation serait un lien tandis que la créance serait un bien produit de l'obligation. En tant que lien de droit entre deux personnes, l'obligation serait incessible. La créance, cessible quant à elle, constitue l'anticipation du produit de l'obligation, l'exécution. Toutefois, nous peinons dans cette distinction à différencier les concepts d'obligation et de contrat. Pour cette raison sans doute, il apparaît difficile de percevoir la dichotomie proposée en dehors de la source contractuelle. Enfin, le rapport d'obligation nous semble céder à l'occasion d'une cession de contrat, quand bien même nous limiterions la cession efficace de contrat aux cessions légales de contrats, si bien que l'obligation nous apparaît au contraire cessible. Ce n'est alors pas la seule créance qui est transmise, mais le rapport de droit dans la globalité.

² MARTY et RAYNAUD, *Les obligations, t. 1, Les sources*, 1988, n°1. La définition de l'obligation comme un lien de droit entre deux personnes est classique et remonte au droit romain (Institutes de Justinien et Digeste). Le lien était particulièrement concret en droit romain, le débiteur était lié à son créancier au sens propre et répondait de sa dette sur son corps physique. Il pouvait être réduit en esclavage en cas de défaut de paiement. De là provient sans doute la traditionnelle incessibilité de l'obligation. Aujourd'hui, la créance peut être cédée. Mais la conception romaine de l'obligation perdure à travers un principe d'incessibilité des dettes encore véhiculé par la force de l'habitude. De grands auteurs, en particulier Saleilles, ont pourtant mis en lumière le mouvement d'objectivité de l'obligation dont le centre de gravité ne serait plus situé sur les personnes du créancier ou du débiteur, mais sur l'objet de l'obligation. Il s'ensuit que la dette devrait être cessible au même titre que la créance.

³ Article 1101 du Code civil. *Vocabulaire juridique* Capitant, Puf, entrées obligation, créance et dette.

⁴ M. DE JUGLART, A. PIÉDELIÈVRE, S. PIÉDELIÈVRE, *Cours de droit civil, Introduction, Personnes, Famille*, Montchrestien, 1999, n°72.

⁵ Un système est une construction théorique cohérente (cnrtl.fr). Le droit privé vu comme un système constitue un ensemble de règles considéré sous le rapport de ce qui en fait la cohérence (*Vocabulaire juridique* CAPITANT).

⁶ Le système de droit privé se structure à l'échelle moléculaire par deux droits subjectifs fondamentaux, le droit réel et le droit personnel auquel correspond le concept de créance. La définition classique du droit subjectif est donnée par Jhering, un intérêt légitime juridiquement protégé (JHERING, *L'esprit du droit romain*, 1888, t. IV, p. 317 à 354, spéc. p. 323). Tandis que le droit subjectif réel procure un pouvoir sur une chose, le droit subjectif personnel crée un lien de droit entre deux personnes ou deux patrimoines. Cette présentation est certes simplifiée, mais elle a l'avantage de la clarté. Les droits subjectifs réel et personnel constituent les deux principaux droits patrimoniaux. Il existe des droits extrapatrimoniaux auxquels nous ne nous intéresserons pas. Quant aux droits patrimoniaux, ils comportent aujourd'hui également des droits intellectuels et des droits de la personnalité. Cependant, les droits subjectifs réel et personnel sont de loin les plus fréquents car ils sont les plus classiques et les plus naturels également. Sur la définition controversée du droit subjectif et leur classification, J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale, traité de droit civil*, LGDJ, 4ème éd., 1994, n°223 s.

⁷ Par exemple, l'existence du droit de créance conditionne la mise en œuvre d'une saisie par le créancier sur le patrimoine de son débiteur, mais la créance peut également être l'objet d'une telle saisie.

démonstration de Ginossar. Restructurant les droits subjectifs à l'aune d'une nouvelle vision de la propriété, l'auteur a démontré que la créance constituait également un bien objet de propriété¹.

Malgré les nombreux enjeux pratiques que revêt la date de naissance de la créance dans le système de droit privé (I), son incohérence ne peut qu'être constatée (II). Tenter d'y remédier implique nécessairement de poser des jalons quant à la méthode adoptée (III).

I. Les enjeux de la date de naissance des créances

C'est à l'origine le droit des entreprises en difficulté qui a permis de mettre en évidence la complexité du droit quant à la date de naissance de la créance (A). La jurisprudence est foisonnante dans cette branche du droit qui utilise le critère de date de naissance de la créance pour identifier les créanciers pouvant bénéficier d'un régime de faveur. Mais le critère de date de naissance est également utilisé de façon explicite dans d'autres matières plus récentes (B). Il correspond en effet à la date d'existence de la créance. Or, nombre de règles du droit sont conditionnées par cette existence ou peuvent avoir la créance pour objet (C). Il s'ensuit que la date de naissance de la créance revêt une importance considérable à travers toutes les branches du droit privé.

A. Un critère initialement utilisé dans la priorité de paiement de l'ancien article 40 de la loi de 1985 en droit des entreprises en difficultés

3. En droit des entreprises en difficulté, la date de naissance de la créance permet de déterminer les créanciers privilégiés. Ces créanciers sont affranchis de la discipline de la procédure. Leur créance peut être payée, ce qui implique que son paiement ne puisse donner lieu à restitution et que le créancier puisse poursuivre son paiement par le biais d'une voie d'exécution forcée en étant affranchi de la suspension des poursuites. Elle peut être garantie par la constitution d'une sûreté nouvelle. Elle n'a pas à être déclarée à l'ouverture de la procédure collective. Enfin, elle fait l'objet d'un classement privilégié pour le cas où le débiteur serait mis en liquidation judiciaire.

Avant la loi de 1985, le régime de faveur reposait sur la personnalité morale de la masse des créanciers. Faisant disparaître cette dernière, c'est la loi de 1985 qui a fait reposer ce privilège sur l'unique critère objectif de date de naissance de la créance. Le célèbre **article 40** de la loi disposait

¹ S. GINOSSAR, *Droit réel, Propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, 1960, spéc. p. 39 s. L'auteur opère une nouvelle ventilation des droits patrimoniaux. La propriété n'est plus le droit réel par excellence, elle n'est que la traduction de l'appartenance des biens au patrimoine de la personne. Peuvent être objet de propriété les biens, les droits réels sur la chose d'autrui et les créances ou droits subjectifs personnels. Ces composantes peuvent toutes comporter une phase passive. Le patrimoine comporte donc à son passif à la fois des obligations personnelles et des obligations réelles qui reposent, non pas sur une personne nommément désignée, mais sur une personne en tant que propriétaire d'un bien. Pour un renouvellement plus récent de l'analyse de la créance en tant que bien car appropriable par son titulaire et saisissable par les créanciers de celui-ci, P. BERLIOZ, *La notion de bien*, th. LGDJ, 2007, n°1017. En tant que bien, la créance peut être objet de subrogation réelle et venir se substituer à un autre bien, voir par exemple com. 6 oct. 2009, n°08-15048, P, D. 2009, 2485, obs. A. LIENHARD, *JCP E* 2010, p. 34, obs. M. CABRILLAC, *JCP G* 2009, n°51, 566, note A.-S. DALLEMAGNE, *RD bancaire et fin.* 2010, n°1, p. 43, D. LEGEAIS, *RTD com.* 2010, 201, A. MARTIN-SERF. L'article 520 de l'avant-projet Catala projetait de consacrer cet aspect bien de la créance : « *Sont des biens (...) les choses corporelles ou incorporelles faisant l'objet d'une appropriation, ainsi que les droits réels et personnels...* ».

que « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance...* ». Si les créances postérieures étaient payées, les créances antérieures devaient à l'inverse être déclarées dans les deux mois de la publication de l'ouverture de la procédure collective sous peine de leur extinction. L'article 50 de la loi de 1985 disposait ainsi que, « *à partir de la publication du jugement, tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception des salariés, adressent la déclaration de leurs créances au représentant des créanciers* »¹. Et l'ancien article 53 alinéa 3 de la loi de 1985 disposait que « *les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes* »².

4. Bien que la logique de symétrie du système l'impose, on a pu se demander si l'origine antérieure de la créance devant être déclarée sous peine d'extinction correspondait bien à la naissance postérieure de la créance bénéficiant du régime de faveur³.

La réforme du 26 juillet 2005 par la loi n°2005-845 du droit des entreprises en difficulté est venue confirmer par une symétrie terminologique qu'il s'agissait bien du même concept, la date de naissance de la créance utilisée comme critère pour déterminer les créances pouvant bénéficier du régime de faveur, les créances nées après le jugement d'ouverture, et celles n'en bénéficiant pas et soumises dès lors à la discipline de la procédure, les créances nées avant le jugement d'ouverture.

Cette réforme est également venue opérer divers changements qui touchent aux régimes des créanciers antérieurs et postérieurs. Parmi les plus importants ici, les créances antérieures non déclarées ne sont plus éteintes, elles sont simplement inopposables à la procédure collective⁴. Cela permet notamment au créancier de ne pas perdre son recours contre d'éventuelles cautions. La priorité de paiement dont bénéficient les créanciers postérieurs accède au rang de privilège, ce qui permet au créancier d'invoquer le régime de faveur à l'occasion d'une seconde procédure collective de son débiteur. Pour cette raison, le vocable de « **privilège de procédure** » se trouve dorénavant utilisé pour désigner de façon plus générale le régime favorable des créanciers postérieurs.

5. Mais le changement engendré par la réforme qui importe le plus ici réside dans l'adjonction d'un critère téléologique pour bénéficier du privilège de procédure précité. Il ne suffit plus que les créances soient nées régulièrement⁵ après l'ouverture de la procédure. Il faut qu'elles aient été utiles

¹ Ancien article L. 621-43 du Code de commerce. Nouvel art. L. 622-24 du Code de commerce, mais l'article est aujourd'hui aménagé du fait de l'existence possible de créances postérieures non privilégiées par l'effet de l'adjonction du critère téléologique subjectif de finalité de la créance aux critères objectifs de régularité et de date de naissance de la créance.

² Ancien art. L. 621-46 du Code de commerce. Nouvel art. L. 622-26 du Code de commerce, la sanction de l'extinction de la créance pour défaut de déclaration ayant disparu.

³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », Colloque CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004 n°224, p. 11.

⁴ La nature précise de la sanction fut précisée par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008. Auparavant, la doctrine et la jurisprudence l'avaient cependant mise en évidence. Com. 3 nov. 2010 n°09-70312, P, D. 2010, 2645, A. LIENHARD, D. 2011, 2075, F.-X. LUCAS. Com. 16 oct. 2007 n°06-14681, P, D. 2007, 2734, A. LIENHARD, D. 2008, 2111, P. CROCQ, *RLDC* 2008/48, n°2950, M.-E. ANCEL. P.-M. LE CORRE, « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », colloque CRAJEFE du 27 mars 2004, *LPA* 10 juin 2004 n°14. Un auteur soulève cependant qu'il reste de nombreux doutes et incertitudes quant au régime de cette sanction, tout spécialement quant à ses effets (P. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté, acte II, commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP G* 2009 I 110).

⁵ La condition de régularité touche aux pouvoirs de la personne qui engage son entreprise, le jugement d'ouverture de la procédure qui délimite les pouvoirs du dirigeant étant publié au RCS. Ce critère a toujours existé en sus du critère de date de naissance de la créance. Comme ce dernier et contrairement au nouveau critère téléologique, il s'agit d'un critère objectif. Sur

à cette dernière¹. Le critère de finalité de la créance, au contraire du critère de date de naissance de la créance, est un critère subjectif, car il nécessite d'apprécier si la raison ayant présidé à la naissance de la créance était ou non utile à la procédure collective. L'objectif de ce nouveau critère adjoint était de diminuer le volume des créanciers privilégiés, car certaines créances pesaient sur la procédure sans lui être utiles, ce qui pouvait mettre en péril les chances de redressement².

Énonçant le privilège de procédure, le nouvel article L. 622-17 du Code de commerce dispose que *« les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période sont payées à leur échéance »*³. Bien que le critère téléologique soit en principe amené à diminuer le volume des créanciers privilégiés postérieurs, le critère de date de naissance de la créance conserve son importance. En effet, en toute occurrence, les créances nées antérieurement ne bénéficient pas du privilège de procédure et sont soumises à la discipline de cette dernière sans égard pour le critère téléologique. Aujourd'hui, avec le critère téléologique, certaines créances postérieures sont en plus également soumises à la discipline de cette procédure avec quelques aménagements, notamment quant à leur nécessité d'être déclarées⁴.

6. Le droit des entreprises en difficulté fut donc précurseur dans l'utilisation du critère de date de naissance de la créance. Il a permis de mettre en lumière que la détermination de la date de naissance de la créance n'était pas toujours évidente et pouvait parfois poser des problèmes délicats. Preuve en est le contentieux et la jurisprudence foisonnants rendus sur le terrain de la date de naissance de la créance en la matière. C'est donc en quelque sorte la priorité de paiement de l'ancien article 40 qui a mis en évidence la nécessité d'une étude plus approfondie sur la date de naissance de la créance et a rendu nécessaire les présents travaux. Or, invité par le droit des procédures collectives à se pencher sur cette question, il est patent de remarquer que la date de naissance de la créance est utile dans bien d'autres domaines. Pour commencer, d'autres textes font également un usage explicite du critère de date de naissance de la créance.

B. Un critère ensuite utilisé par d'autres textes

7. Alors que le droit des procédures collectives avait de longue date mis en évidence la difficulté que pouvait receler le critère de date de naissance de la créance, des textes récents l'explicitent et en font usage pour la mise en œuvre de mécanismes juridiques divers. Le critère de date de naissance de la

cette condition de régularité de la créance, voir notamment Denis Voinot, Droit économique des entreprises en difficulté, LGDJ 2007, n°323.

¹ Sur le nouveau critère téléologique adjoint, voir notamment : F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 2012, n°311, P.-M. LE CORRE, « Les nouvelles règles de fixation du passif », *GP* 10 sept. 2005, p. 17 spéc. n°7, P. PÉTEL, « Les créances postérieures », *Rev. proc. Coll.* 2006, p. 142, spéc. n°14 s.

² Le problème était exposé par la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2002 : Rapport annuel 2002 de la Cour de cassation p. 30. Sur cette question en doctrine, voir P. PÉTEL, « Pour une relecture de l'article L.621-32 du Code de commerce », in *Mélanges Y. Guyon*, 2003, p. 917 et s., spéc. p. 923.

³ Issu de la loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 et modifié par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008. Anciennement art. L. 621-32 du code de commerce.

⁴ L'article L. 622-24 al. 3 du Code de commerce aménage la procédure de déclaration pour les créances postérieures qui par définition n'étaient pas nées au jour de l'ouverture de la procédure collective.

créance est utilisé dans la déclaration d'insaisissabilité des immeubles de l'entrepreneur instaurée par une loi de 2003 (1), dans le cadre de la procédure de surendettement des particuliers, où le critère fut explicité en 2010 (2), et dans le cadre de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée instaurée en 2010 (3).

1/ Dans la déclaration d'insaisissabilité des immeubles de l'entrepreneur

8. La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique est venue instaurer aux articles L. 526-1 et suivants du Code de commerce une déclaration d'insaisissabilité, initialement de la seule résidence principale de l'entrepreneur, mais étendue par la loi du 4 août 2008 à tout immeuble lui appartenant. Ce dispositif ne bénéficie qu'aux entrepreneurs¹ et ne saurait être étendu aux dirigeants de personnes morales cautions solidaires des dettes de la société². L'objectif était d'éviter que l'aventure entrepreneuriale n'aboutisse à priver l'entrepreneur de sa résidence principale. L'extension du dispositif apparaît dès lors excessive. Elle pourrait bien porter atteinte au crédit de l'entrepreneur et rendre l'aventure entrepreneuriale impossible faute de financement.

Le critère de date de naissance de la créance est utilisé en la matière par les textes pour déterminer les créanciers atteints par la déclaration d'insaisissabilité, ceux qui ne peuvent pas poursuivre leur paiement sur les immeubles déclarés insaisissables. L'article L. 526-1 précité du Code de commerce dispose que « *cette déclaration, publiée au fichier immobilier (...) n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent, postérieurement à la publication, à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant* ». Seuls les créanciers professionnels postérieurs sont donc concernés par cette déclaration. Les créanciers personnels et les créanciers professionnels antérieurs pourront poursuivre leur paiement sur les immeubles malgré la déclaration d'insaisissabilité. La date de naissance de la créance permet ici de faire le départ entre les créanciers professionnels concernés par la déclaration d'insaisissabilité et ceux qui ne le sont pas.

2/ Dans la procédure de surendettement des particuliers

9. La procédure de surendettement des particuliers³ n'est pas aussi développée qu'en matière commerciale. Les textes font cependant aujourd'hui usage du critère de date de naissance de la créance pour identifier les créanciers astreints à la discipline qu'elle impose lorsque « *la décision déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires* ». Alors l'article L. 331-3-1 alinéa 2 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} juillet 2010, vient ajouter à la suspension des poursuites précitées une interdiction « *de payer en tout ou partie une créance (...) née*

¹ Commerçants, artisans, agents commerciaux, professions libérales, agriculteurs.

² Rép. min. n°19589, JO Sénat Q du 27 oct. 2005.

³ La loi n°89-1010 du 31 déc. 1989 dite Neiertz, complétée par la loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003 et la loi n°2008-776 du 4 août 2008 ont institué une procédure de traitement conventionnel ou, en cas d'échec, judiciaire, des situations de surendettement des particuliers.

antérieurement à la suspension » et une interdiction « *de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension* »¹.

3/ Dans l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (EIRL)

10. La date de naissance de la créance revêt une importance particulièrement marquée dans la nouvelle institution de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée intégrée dans notre système juridique par la loi n°2010-874 du 27 juillet 2010.

L'adoption de l'EIRL consacre la pleine utilisation en droit de la notion de patrimoine d'affectation qui s'oppose à la théorie classique du patrimoine, celle d'Aubry et Rau qui identifie le patrimoine à la personne. Elle permet en effet à l'entrepreneur de scinder son patrimoine en deux au mépris du principe d'unité du patrimoine de la théorie d'Aubry et Rau. Le patrimoine n'est donc plus la personne, la notion se réduit dorénavant à une universalité de droit. Malgré tout, la notion de patrimoine général subsiste, car si le patrimoine d'affectation incorpore les droits et les obligations inhérents à l'activité professionnelle innervant le patrimoine affecté, tout le reste se trouve par défaut absorbé dans le patrimoine général de l'entrepreneur qui pourrait inclure des droits et des obligations issus d'une autre activité professionnelle non érigée en EIRL quant à elle.

La création d'une EIRL s'effectue par déclaration au RCS des biens affectés à l'activité qui constitueront le gage exclusif, mais unique des créanciers de cette activité. Les biens nécessaires à l'activité doivent nécessairement être affectés, tandis que les biens simplement utiles à l'activité font l'objet d'une affectation facultative comme l'énonce l'article L. 526-6 du code de commerce.

11. Le critère de date de naissance de la créance est utilisé par les textes pour déterminer les créanciers auxquels la déclaration d'affectation sera opposable. Ainsi, l'article L. 526-12 du Code de commerce dispose que « *La déclaration d'affectation (...) est opposable de plein droit aux créanciers dont les droits sont nés postérieurement à son dépôt* ».

Il s'ensuit que les créanciers dont la créance est née après le dépôt de la déclaration d'affectation sont tenus de respecter le cloisonnement du patrimoine de l'entrepreneur. Les créanciers liés à l'activité professionnelle ne peuvent poursuivre leur paiement sur des biens non affectés à cette dernière. Inversement, les créanciers qui ne sont pas liés à l'activité professionnelle, les créanciers du patrimoine général, ne pourront pas poursuivre leur paiement sur les biens affectés dans le patrimoine d'affectation dédié à l'activité professionnelle. En revanche, les créanciers dont la créance est née avant la constitution de l'EIRL ne seront pas concernés par le cloisonnement et pourront indifféremment poursuivre tout bien de l'entrepreneur principal sans considération pour leur éventuelle affectation ou non au patrimoine dédié de l'EIRL.

Le critère de date de naissance de la créance est également explicité par la loi pour aménager un mécanisme d'opposition de l'affectation aux créanciers antérieurs. L'article L. 526-12 dispose dans ses alinéas 2 et 3 que la déclaration d'affectation « *est opposable aux créanciers dont les droits sont*

¹ Ce texte faisant usage de la date de naissance de la créance est issu de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010. Ce critère n'était auparavant pas utilisé dans l'article.

nés antérieurement à son dépôt à la condition que l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers (...). Dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable (...). Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si l'entrepreneur individuel en offre et si elles sont jugées suffisantes ».

Si la constitution du patrimoine affecté n'est pas opposable de plein droit aux créanciers professionnels dont la créance est antérieure, ces derniers peuvent malgré tout se voir opposer la constitution de l'EIRL si l'entrepreneur les informe personnellement¹ de l'affectation de leur créance au patrimoine de l'EIRL. Ces créanciers bénéficient alors d'une mesure de protection de leur droit dont le gage se retrouve altéré. Un droit d'opposition leur est légalement aménagé afin qu'ils puissent obtenir des garanties supplémentaires s'ils estiment l'opération risquée pour le paiement futur de leur créance.

12. Le critère de date de naissance de la créance est également utilisé au moment de la dissolution du patrimoine d'affectation ou lors de sa transmission par l'entrepreneur. À cette occasion, les créanciers professionnels antérieurs à l'événement disposent de deux mécanismes de protection prévus par les textes : un droit d'opposition similaire à celui vu précédemment à l'occasion de la constitution du patrimoine d'affectation, et une préservation du gage réciproque des créanciers.

Dans l'hypothèse d'une cession, d'une donation ou d'un apport en société² du patrimoine d'affectation de l'EIRL, l'article L. 526-17 III alinéa 3 dispose que « *Les créanciers (...) dont la créance est antérieure (...) peuvent former opposition à la transmission du patrimoine affecté (...). Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties, si le cessionnaire ou le donataire en offre et si elles sont jugées suffisantes* ». Les créances antérieures à la date de publicité au RCS de l'événement considéré peuvent donc former opposition à l'opération. *A contrario*, les créanciers dont la créance est postérieure à la cession, la donation ou l'apport en société, ne pourront pas bénéficier de la protection du droit d'opposition permettant d'obtenir le paiement immédiat, des garanties supplémentaires ou à défaut l'inopposabilité du transfert de l'universalité de droit³.

Dans l'hypothèse d'une dissolution du patrimoine affecté par renonciation ou par décès de l'entrepreneur sans que l'activité ne soit poursuivie, l'article L. 526-15 du Code de commerce renvoie aux créanciers déterminés à l'article L. 526-12 1° et 2° du Code de commerce pour disposer que ces « *créanciers (...) conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation ou du décès* ». Or les relations d'affaires ou autres situations juridiques entamées par le *de cujus* peuvent s'être poursuivies avec les héritiers. La date de naissance de la créance entrera dès lors nécessairement en compte, car seules les créances antérieures à la dissolution par renonciation ou par décès de l'entrepreneur bénéficieront de cette préservation de leur gage légalement consacrée.

¹ CC, 10 juin 2010 n° 2010-607, validant la disposition d'opposition aux créanciers antérieurs au regard de la protection constitutionnelle de la propriété des créances (articles 2 et 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789) au motif que le droit est suffisamment protégé à « *la condition que ces derniers soient personnellement informés de la déclaration d'affectation et de leur droit de former opposition* ».

² Dans le cas d'un apport en société, le patrimoine se dissout dans celui de la personne morale. La possibilité de création du patrimoine d'affectation de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée est réservée aux personnes physiques.

³ La sanction de l'inopposabilité et non pas de la nullité de l'opération risque d'être délicate à mettre en œuvre dans la mesure où l'entrepreneur n'est plus propriétaire des biens constitutifs du patrimoine affecté.

13. Cela se constate déjà avec cette toute dernière hypothèse en matière d'EIRL, il n'est pas nécessaire que le critère de date de naissance de la créance soit explicité pour que son utilisation s'impose lors de la mise en œuvre de certains mécanismes juridiques. Derrière le critère de date de naissance de la créance se cache son existence. Or, celle-ci constitue la condition de mise en œuvre de nombreuses règles de droit. Elle peut en outre constituer l'objet sur lequel ces règles agissent. Rien d'étonnant, dès lors, que le critère de date de naissance revête une importance et une utilité particulièrement étendues. Il n'est ni possible ni utile de recenser toutes les hypothèses faisant usage du critère de date de naissance de la créance. Mais il est possible de fournir un échantillon à titre d'illustration.

C. Un critère incorporé dans la condition d'existence de la créance utilisée par de nombreux mécanismes juridiques

14. Selon une division aujourd'hui devenue classique, la créance peut être appréhendée par les règles de droit en tant que lien ou en tant que bien.

1/ L'existence en tant que lien derrière le critère de date de naissance de la créance

15. Les mécanismes d'extinction mettent indirectement en œuvre la date de naissance de la créance, car, pour être éteinte, encore faut-il que la créance existe. L'article 1235 du Code civil l'énonce clairement en disposant que « **tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition** ». Le paiement effectué avant la date de naissance de la créance pourra donc donner lieu à répétition de l'indu, ce qui n'est pas le cas du paiement effectué après naissance de la créance, mais avant son exigibilité comme l'énonce l'article 1186 du Code civil, « ce qui a été payé d'avance ne peut être répété ».

L'application ici de la date de naissance de la créance relève de la pure logique du système et peut être étendue à toute cause d'extinction de l'obligation énoncée à l'article 1234 du Code civil. Notamment, la compensation ne peut s'opérer que « *lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre* » comme l'énonce l'article 1289 du Code civil, ce qui suppose bien que les obligations réciproques existent au jour de la compensation. Certes, la seule existence ne suffit pas pour une compensation légale, il faut encore que les obligations réciproques soient liquides et exigibles¹. Malgré tout, la compensation nécessite la naissance de la créance². Cela suppose qu'en principe une compensation de dettes connexes, qui ne nécessite ni liquidité ni exigibilité des créances, soit au moins conditionnée par l'existence de celles-ci. Enfin, la subrogation, qui constitue un paiement, nécessite doublement l'existence de la créance, par le paiement qu'elle constitue, mais également par le transfert du bien qu'elle opère, le bien qu'incarne la créance.

¹ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, traité, Economica, 2013, n°60 et 61.

² La créance peut d'ailleurs acquérir les qualités de liquidité et d'exigibilité au jour de sa naissance.

16. La prescription aussi ne saurait courir sans l'existence antérieure du droit de créance, même si elle ne court en principe pas avant la date d'exigibilité pouvant être postérieure à la date de naissance. Mais la réforme du droit de la prescription par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 utilise explicitement le critère de date de naissance de la créance pour limiter les effets dans le temps de la plupart des causes de suspension ou d'interruption du délai de prescription. À cette fin, elle instaure un « délai butoir » d'application générale qui court à compter de la date de naissance de la créance, mais qui n'atteint pas certaines causes spécifiques de suspension ou d'interruption. L'article 2232 alinéa 1^{er} du Code civil dispose ainsi que « *le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit* ». L'alinéa 2nd de l'article énumère les exceptions qui ne sont pas concernées par ce « délai butoir ».

17. La date de naissance de la créance est également utile en matière de protection conventionnelle du lien de droit, en droit des sûretés¹.

Le critère de date de naissance de la créance permet de déterminer l'étendue de l'engagement de la caution en cas de cautionnement d'une dette future. Le mécanisme mis en œuvre s'explique habituellement par la distinction entre l'obligation de couverture et l'obligation de règlement conceptualisée par Christian Mouly dans sa thèse². Mais il n'est pas certain que la distinction corresponde à la réalité³. Elle conserve à tout le moins une valeur didactique⁴. D'après cette construction doctrinale, le cautionnement de dettes futures fait naître une obligation de couverture à exécution successive intuitu personae. Ce caractère intuitu personae implique que l'obligation cesse lorsqu'un protagoniste du rapport vient à changer, que ce soit la caution, le débiteur principal ou le créancier⁵. L'obligation de couverture peut également prendre fin par résiliation unilatérale lorsque le cautionnement était à durée indéterminée. La caution ne doit finalement couvrir que les dettes nées avant la fin de son obligation de couverture. C'est en effet la naissance des dettes durant la période de couverture qui génère l'obligation de règlement à la charge de la caution. N'étant pas intuitu personae, l'obligation de règlement persiste malgré le changement intervenu à condition d'être née avant celui-ci.

Le critère de date de naissance de la créance permet donc de définir les obligations que devra finalement couvrir la caution qui s'était engagée à garantir des dettes futures. Seules les dettes dont la date de naissance est antérieure à la fin de son obligation de couverture l'engageront.

¹ Le lien de droit est également protégé légalement par l'action oblique de l'article 1166 du Code civil et l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil. La jurisprudence exige pour l'exercice de l'action oblique que la créance soit certaine liquide et exigible, ce qui n'empêche qu'elle doive exister pour que l'action puisse être exercée. Ces conditions ne sont pas exigées pour l'action paulienne avec laquelle seule la condition d'existence de la créance et donc le critère de date de naissance est mise en œuvre, l'action doit avoir existé au jour de l'acte attaqué par la voie de l'action paulienne (F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2013).

² C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Librairies techniques 1979, spéc. n°252 et s.

³ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, traité Economica, 2004, n°352. Voir également P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, 771. Sans doute l'obligation de couverture incarne-t-elle en réalité la force obligatoire du contrat de cautionnement.

⁴ Pour un renouveau du concept d'obligation de couverture et son extension à d'autres domaines qu'au cautionnement, voir V. MAZEAUD Mazeaud, *L'obligation de couverture*, th. 2006.

⁵ Le changement peut survenir par décès ou encore par une opération de fusion-scission s'il s'agit d'une personne morale.

Un mécanisme similaire est aujourd'hui appliqué en matière d'hypothèque. L'hypothèque à durée indéterminée constituée pour couvrir des dettes futures peut être résiliée unilatéralement. Alors seules les dettes nées avant la résiliation sont garanties par cette sûreté réelle. L'article 2423 alinéa 3 du Code civil dispose à cet égard que, « *lorsqu'elle (**l'hypothèque**) est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle **ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement*** ».

18. En droit des régimes matrimoniaux, la date de naissance de la créance permet de déterminer si son titulaire peut bénéficier du régime favorable des créanciers de la communauté. La dette doit être née durant le mariage, soit après sa célébration mais avant sa dissolution. La solution résulte de l'article 1409 du Code civil qui dispose que « *La communauté se compose passivement (...) des (...) **dettes nées pendant la communauté*** ». La dette née avant mariage ou après sa dissolution ne donne donc droit qu'à un recours sur les biens propres de l'époux¹, tandis que la dette née durant le mariage permet au créancier de poursuivre les biens communs.

Mais la date de naissance de la créance sert également à déterminer l'actif commun, la créance constituant un bien pouvant en faire partie. Les textes ne sont pas aussi limpides que pour la détermination du passif de communauté, car, tandis que le passif ne comporte que des dettes, l'actif comporte d'autres biens que des créances. L'article 1401 du Code civil dispose que « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage* »². Or, la créance née durant le mariage fait partie des acquêts de communauté. Par exemple, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 31 octobre 2000 qualifie de dette commune l'indemnité de licenciement dont doit bénéficier un époux au motif qu'elle était « *née pendant le mariage* »³. Mais l'utilisation de la date de naissance de la créance pour identifier les créances composant la masse active de la communauté ne relève déjà plus de l'existence de la créance en tant que lien, mais en tant que bien.

2/ L'existence en tant que bien derrière le critère de date de naissance de la créance

19. Si l'obligation en tant que lien fait l'objet de mesures de protection de son paiement, l'obligation en tant que lien fait l'objet de mesures de protection de sa substance⁴. Cette substance correspond à l'actif du patrimoine du débiteur qui en constitue le gage général conformément aux articles 2284 et 2285 du Code civil. La loi aménage des mesures de protection spécifiques lorsque le patrimoine du

¹ À moins qu'elle ne soit née après mariage mais durant l'indivision post communautaire à l'occasion des biens communs devenus indivis, auquel cas les poursuites peuvent s'exercer directement sur les biens communs devenus indivis pour le paiement de cette dette, conformément à l'article 815-17 du Code civil.

² La présentation est volontairement simplifiée car l'article 1401 du Code civil dispose ensuite que ces acquêts proviennent « *tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* ». Mais les observations que ces dispositions légales supposent nécessitent trop de développements explicatifs pour être abordés en guise d'introduction. Pour des précisions, cf. infra 2^{ème} partie.

³ CA Paris 31 oct. 2000 JurisData 2000-126878, p. 4 de la décision.

⁴ Outre les mécanismes légaux prévus, la créance en tant que bien fait l'objet d'une protection constitutionnelle et conventionnelle au titre des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 1er du protocole n° 1 additionnel à la convention européenne des droits de l'homme (pour l'application à une créance, voir CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*).

débiteur fait l'objet de modifications d'ordre structurel ou plus rarement lorsqu'un bien de nature spécifique en constituant la substance essentielle sort du patrimoine du débiteur. Le droit d'opposition est la technique généralement utilisée en la matière. Le créancier s'oppose à l'opération effectuée par son débiteur, le régime subséquent variant selon le droit d'opposition concerné. Le droit d'opposition aménagé par le législateur en matière d'EIRL a déjà été évoqué, mais le droit des sociétés et la législation sur le fonds de commerce connaissent ce type de mesures de protection qui présupposent que la créance protégée par la mesure existe.

En matière de fusion, l'article L. 236-14 du Code de commerce aménage donc un droit d'opposition en disposant que « *les créanciers (...) des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci* »¹.

Un droit d'opposition est prévu selon des termes identiques à l'article L. 225-205 du Code de commerce pour protéger les créanciers de toute société en cas de réduction de capital non motivée par des pertes².

En matière d'opérations réalisées sur un fonds de commerce, la loi aménage d'abord un mécanisme d'opposition au prix de vente du celui-ci. Le prix reste indisponible au profit des créanciers opposants durant les 10 jours suivant la vente. L'article L. 141-14 du Code de commerce prévoit ainsi que « *tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former (...) opposition au paiement du prix* » dans les 10 jours suivant la publicité de la cession du fonds de commerce. Il s'ensuit que la date de naissance de la créance doit être antérieure à la publicité de cette cession pour que son titulaire puisse former opposition³.

Une protection est également prévue sous la forme d'une solidarité légale en cas d'apport en société du fonds de commerce. L'article L. 141-22 dispose ainsi que « *tout créancier non-inscrit de l'associé apporteur fait connaître au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds, sa qualité de créancier et la somme qui lui est due* » dans les 10 jours de la dernière publication. La société bénéficiaire de l'apport se trouve solidairement tenue des dettes ainsi déclarées de l'apporteur. Pour avoir la qualité de créancier, encore faut-il que la créance sur laquelle cette qualité repose soit née. Ce mécanisme de solidarité légale met donc nécessairement en œuvre le critère de date de naissance de la créance afin de déterminer les créanciers pouvant en bénéficier.

¹ L'article poursuit en énonçant que « *Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société absorbante en offre et si elles sont jugées suffisantes. À défaut de remboursement des créances ou de constitution des garanties ordonnées, la fusion est inopposable à ce créancier. L'opposition formée par un créancier n'a pas pour effet d'interdire la poursuite des opérations de fusion* ». L'article L. 236-14 du Code de commerce concerne la fusion de SA. Un droit d'opposition est prévu en des termes identiques pour les SARL.

² Article L. 225-205 du Code de commerce pour une réduction de capital non motivée par des pertes dans les SA : « *Lorsque l'assemblée approuve un projet de réduction du capital non motivée par des pertes, le représentant de la masse des obligataires et les créanciers dont la créance est antérieure à la date de dépôt au greffe du procès-verbal de délibération peuvent former opposition à la réduction, dans le délai fixé par décret en Conseil d'Etat* ». En des termes similaires, voir l'article L. 223-34 du Code de commerce pour une réduction de capital non motivée par des pertes dans les SARL. Des auteurs observent l'inefficacité pratique de ce droit d'opposition à défaut de publicité organisée par la loi (H. HOVASSE et R. MORTIER, « La faille du droit d'opposition à réduction de capital », *Bull. Joly Sociétés*, 1er mars 2011 n°3 p. 278). Voir également l'article 229-2 du Code de commerce qui accorde un droit d'opposition en des termes similaires aux créanciers de la société européenne transférant son siège social dans un autre état membre de la Communauté européenne.

³ Com. 21 janv. 1974, n°72-14348, P, la créance doit simplement exister, être certaine. CA Paris 17 avr. 1945, *GP* 1945, 2, 157, peu importe que le terme soit postérieur à la cession du fonds de commerce, dès lors qu'elle existe avant, comme en dispose expressément l'article L. 141-14 du Code de commerce.

La mise en location-gérance du fonds de commerce fait également l'objet de mesures de protection à l'égard des créanciers. L'article L. 144-6 du Code de commerce dispose qu'au moment de la mise en location-gérance « **les dettes du loueur du fonds afférentes à l'exploitation du fonds peuvent être déclarées immédiatement exigibles par le tribunal de commerce de la situation du fonds, s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement** ». Il faut que la date de naissance de la créance soit antérieure à la mise en location-gérance pour que la dette qu'elle constitue existe. Pour pouvoir être déclarée immédiatement exigible, pour que son paiement puisse être immédiatement réclamé, encore faut-il que la créance existe. L'article L. 144-7 du Code de commerce aménage une solidarité légale entre le loueur du fonds et le locataire gérant pour les six premiers mois de location-gérance en disposant que « **jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le loueur du fonds est solidairement responsable avec le locataire gérant des dettes contractées par celui-ci à l'occasion de l'exploitation du fonds** ». Le mécanisme de solidarité légale dépend donc de la date de naissance de la créance qui doit être antérieure à l'expiration d'un délai de six mois suivant la publicité de la mise en location-gérance. Comme il sera vu ci-après, l'expression « *dettes contractées* » ne vise pas exclusivement les dettes contractuelles, mais la naissance de toute dette, quelle que soit sa source. Enfin, si des mesures de protection sont prévues lors de la mise en location gérance, il en est également une de prévue à la fin de celle-ci. L'article L. 144-9 du Code de commerce dispose ainsi que « **la fin de la location-gérance rend immédiatement exigibles les dettes afférentes à l'exploitation du fonds ou de l'établissement artisanal, contractées par le locataire gérant pendant la durée de la gérance** ». Comme il a déjà été observé, l'exigibilité immédiate ouvre la voie du paiement imminent et implique donc que les créances considérées existent déjà.

20. Protégée, l'obligation en tant que bien peut également constituer l'objet d'opérations juridiques impliquant son transfert de propriété, du patrimoine de son titulaire qui en est le propriétaire vers celui d'une tierce personne qui en est alors l'ayant cause à titre particulier.

Le droit des voies d'exécution fait usage de la créance en tant que bien dans ses conditions de mise en œuvre¹. Mais il peut surtout porter sur une créance en tant que bien à travers la saisie-attribution des créances. L'article L. 211-1 du Code de commerce dispose que « **tout créancier (...) peut (...) saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent** » et l'article L. 211-2 dispose que « **l'acte de saisie emporte (...) attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, (...) Il rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation** ». Dès lors, pour être saisie, encore faut-il que la créance existe, car la saisie implique le transfert immédiat de la propriété de la créance. La date de naissance de la créance

¹ Car celles-ci permettent d'obtenir le paiement, l'extinction non volontaire de l'obligation. L'utilisation du critère de date de naissance n'a cependant pas été évoquée précédemment car, bien que l'article L. 111-1 du Code des procédures civiles d'exécution accorde à « *tout créancier* » la faculté d'exercer des voies d'exécution forcées ou la prise de mesures conservatoires, l'article L. 111-2 du Code de commerce exige un titre exécutoire en plus d'une créance liquide et exigible pour les voies d'exécution forcées, si bien que le critère de date de naissance de la créance ne sera pas véritablement utile, puisqu'il sera absorbé par l'exigence d'un titre exécutoire. Et pour les mesures conservatoires, l'article L. 511-1 du Code de commerce exige « *une créance paraissant fondée en son principe* ». Cela implique l'existence de la créance et par conséquent l'utilisation du critère de date de naissance, mais sur le plan du probable, autrement dit la date de naissance de la créance dont l'existence serait probable. La probabilité d'existence de la créance cristallisera donc toutes les difficultés, d'une part, mais elle absorbera et masquera le critère de date de naissance de la créance qui deviendra alors inutile.

appréhendée doit donc être antérieure au jour de la notification de la saisie au débiteur, à défaut de quoi la saisie frappe dans le vide¹.

Pour des raisons différentes, le nantissement d'une créance peut également mettre en œuvre le critère de date de naissance de la créance lorsqu'il porte sur une créance future. L'article 2357 du Code civil dispose en effet que, « *lorsque le nantissement a pour objet une créance future, le créancier nanti acquiert un droit **sur la créance dès la naissance de celle-ci*** ». De la date de naissance de la créance nantie dépend alors l'acquisition du droit réel accessoire sur celle-ci par le créancier bénéficiaire du nantissement. Cette date importera beaucoup par exemple en cas d'ouverture d'une procédure collective sur la personne ayant consenti le nantissement de créance. Si la créance nantie est née avant, alors le droit réel accessoire bénéficiera au créancier. Mais si la créance n'était pas encore née au jour du jugement d'ouverture, alors l'indisponibilité générale qu'elle engendre sur le patrimoine de celui qui y est soumis empêchera le nantissement de prendre effet.

C'est un raisonnement similaire qui s'applique en matière de cession de créance. Comme il sera vu, celle-ci peut porter sur une créance future conformément à l'article 1130 du Code civil, mais le transfert de propriété de la créance ne pourra s'opérer qu'au jour de sa naissance. Dès lors l'ouverture d'une procédure collective sur le cédant entre la signature de la cession et la naissance de la créance paralysera les effets de la cession². La date de naissance de la créance aura donc une grande importance en la matière également.

21. Non exhaustifs, les enjeux pratiques de la date de naissance de la créance sont ici déjà nombreux. Malgré son importance, la détermination de cette date présente des incohérences. Une même créance se voit attribuer des dates de naissance différentes selon la règle de droit mise en œuvre. Ce phénomène apparaît tout spécialement pour certaines créances.

II. L'incohérence de la date de naissance des créances

22. Le caractère transversal du concept de créance et l'ampleur des domaines dans lequel il est utilisé nécessitent de focaliser la problématique sur une seule incohérence qui ouvre néanmoins des horizons suffisamment larges pour nécessiter un travail d'ampleur. Le choix sera porté sur l'incohérence du droit en matière de date de naissance de la créance monétaire de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux.

L'incohérence provient d'une datation différente de cette même créance selon les branches du droit concernées, selon les règles de droit mettant en œuvre le critère de date de naissance de la créance ou nécessitant l'existence de la créance (A). Cette incohérence se trouve renforcée par des facteurs de complexification qui lui sont extérieurs (B), mais qui ont sans doute contribué à son enlisement au fil du temps à tel point que la controverse pourrait aujourd'hui sembler inextricable.

¹ Cf. infra n°147 et s.

² Cf. infra. La solution s'impose pour la cession de droit commun selon les formes de l'article 1690 du Code civil. Elle peut être mise en doute pour la cession de créance par bordereau Dailly du fait de la rédaction de l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier comme il sera vu ci-après.

A. L'incohérence de la date de naissance de la créance de prix

23. La date de naissance de la créance constitue un sujet beaucoup trop vaste pour que toutes les problématiques et tous les phénomènes remarquables qui lui sont attachés soient traités simultanément. Ceux-ci ne présentent pas de liens suffisants pour qu'une unité d'ensemble puisse transparaître. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux actes du colloque organisé le 25 mars 2004 par Martine Behar-Touchais sur la date de naissance des créances¹. Il est donc indispensable d'opérer un choix stratégique. Une problématique doit être choisie comme axe de démonstration en fonction de l'intérêt qu'elle suscite, mais également en fonction de la diversité des questions liées au thème général de la date de naissance de la créance que sa résolution nécessite d'aborder.

24. La cohérence du droit privé implique qu'une même créance recouvre une seule date de naissance, quelles que soient les branches du droit dans lesquelles le critère de date de naissance est mis en œuvre. Tel n'est pourtant pas le cas. Il est tout spécialement une créance dont la date de naissance est fixée à des dates différentes selon le mécanisme de droit observé. Il s'agit de **la créance de prix fixée en argent dans un contrat synallagmatique à titre onéreux**.

Le phénomène n'est pas passé inaperçu. Il donna lieu à des hésitations jurisprudentielles. Il divise encore aujourd'hui la doctrine. Et il n'a toujours pas reçu de réponse satisfaisante. Aucune des réponses envisagées n'appréhende l'ensemble des arguments exploitables.

Pour ces raisons, le choix de cette problématique s'impose. En effet, celles qui sont passées inaperçues ne représentent en réalité que peu d'enjeux ou ne sont pas inextricables au point de nécessiter une étude d'ampleur.

25. La créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux concerne aussi bien le contrat à exécution instantanée que le contrat à exécution successive ou échelonnée, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée. Il peut s'agir du prix de vente d'un bien, du loyer dans le contrat de bail, de la redevance dans le contrat de crédit-bail, ou encore d'un abonnement à un service quelconque. En la matière, ni la jurisprudence ni la doctrine ne sont univoques. Plusieurs dates de naissance différentes sont consacrées pour cette même créance de prix d'une prestation, qu'il s'agisse d'un bien livré, d'une prestation de service accomplie ou encore de la jouissance d'un bien octroyé.

¹ « **La date de naissance des créances** », colloque organisé par le CEDAG le 25 mars 2004 sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, *LPA* 9 nov. 2004, n°224 : « Rapport introductif » par E. PUTMAN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives » par C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit du travail » par R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit civil » par S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit fiscal » par D. GUTMAN, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive » par M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance d'indemnisation » par P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance de recours de la caution solvens » par D. LEGEAIS, « Rapport de synthèse » par L. AYNÈS.

La date de naissance de cette même créance varie selon les hypothèses et selon les branches du droit concernées. Il s'ensuit l'incohérence du système de droit privé sur cette question et le discrédit des décisions de justice fondées dessus.

26. Le contrat est une espèce de convention¹ ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété d'un bien. Constituant le type de contrat le plus fréquent, le contrat synallagmatique a la particularité d'engendrer des obligations réciproques et interdépendantes². Il découle de la fonction créatrice d'obligations du contrat consacrée par l'article 1101 du Code civil³, que les obligations contractuelles devraient naître à la date de **formation du contrat**. C'est d'ailleurs la solution qu'a pu reprendre la Cour de cassation à plusieurs occasions, énonçant sous forme d'attendu de principe que « *les obligations contractuelles prennent naissance, sauf convention contraire, au jour de la conclusion du contrat* »⁴. Emmanuel Putman⁵, Stéphane Torck⁶ et Nicolas Thomassin⁷ défendent ce principe avec ferveur, quel que soit le contrat concerné.

27. Malgré tout, des solutions de droit positif, reprises par une autre partie de la doctrine, déplacent la date de naissance de la créance de prix du contrat synallagmatique à une date postérieure au jour de sa formation, au stade de l'exécution du contrat, période durant laquelle il a force obligatoire. En la matière, il y a lieu de distinguer d'après le contrat concerné. Il existe trois strates selon que le contrat est à exécution instantanée, à exécution successive ou encore plus spécifiquement à durée indéterminée.

28. Rares sont les auteurs et les solutions qui vont dans le sens d'une naissance postérieure au jour de la formation du contrat pour les créances issues d'un contrat à **exécution instantanée**⁸ dont l'exemple topique demeure le contrat de vente. Une telle date de naissance serait en effet contraire à la lettre de l'article 1583 du Code civil qui dispose que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». Malgré tout, la jurisprudence rendue en matière de détermination des créances pouvant bénéficier du privilège de procédure fixe la naissance de la créance de prix au jour de la livraison. À notre connaissance, seuls Gilles Endréo et Frédéric Baron considèrent qu'il s'agit là de la date de naissance de droit commun. À cet égard, ces

¹ La convention est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque (vocabulaire Juridique CAPITANT, Puf).

² Art. 1102 du Code civil. Voc. Juridique CAPITANT, Puf.

³ Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

⁴ Civ. 1, 11 déc. 1985, n°84-15716, P. Civ. 1, 16 juill. 1986, n°84-12990, P. Com. 25 nov. 1986, n°85-11466, P.

⁵ **Emmanuel Putman, La formation des créances, th. 1987**, 1^{ère} étude d'ensemble sur la formation des créances. L'auteur distingue la **naissance** de la créance (partie 1) de la **perfection** de la créance (partie 2). La date de naissance de la créance est étudiée à l'occasion de la 1^{ère} partie.

⁶ S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil, in actes du colloque sur la date de naissance des créances », in colloque CEDAG du 25 mars 2004, LPA 9 nov. 2004, n°224, p. 25.

⁷ N. THOMASSIN, La date de naissance des créances contractuelles, RTD com. 2007, p. 655.

⁸ Le contrat à exécution instantanée « *donne naissance à des obligations susceptibles d'être exécutées en une seule fois comme la vente d'un objet, l'échange, le mandat portant sur une seule opération* » (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°70).

auteurs s'opposent diamétralement à Messieurs Emmanuel Putman, Stéphane Torck et Nicolas Thomassin.

29. La division de la doctrine et la diversité des solutions jurisprudentielles contradictoires s'intensifient lorsqu'il est question des contrats à **exécution successive**, parfois dénommés « contrats successifs » par ellipse. Dans ces contrats, l'exécution de la prestation caractéristique s'étale dans le temps. Le bail en représente l'exemple topique.

La jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure détermine la postériorité de la créance en fonction de la date d'exigibilité du prix ou bien en fonction de la période d'exécution de la contreprestation. La date de naissance de toutes les échéances postérieures au jour de la formation du contrat est dans tous les cas écartée en la matière. Il en ressort une hésitation entre deux dates de naissance de la créance de prix, une naissance à la date d'exigibilité et une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation.

La cession de contrat s'explique en doctrine par la naissance successive des créances. Le cessionnaire est tenu du prix des prestations postérieures parce que la dette de prix serait née directement sur sa tête du fait de l'exécution des prestations à son profit. Au contraire, le cédant reste tenu du prix des prestations exécutées avant la cession du contrat.

Les contrats à exécution échelonnée sont parfois présentés comme une catégorie à part¹, la prestation caractéristique s'y exécutant de façon discontinue², ceci impliquant qu'elle s'exécute de façon continue dans les autres contrats à exécution successive³. En la matière, la jurisprudence a pu refuser d'ordonner l'exécution forcée du paiement du prix par le client qui refusait de bénéficier de la prestation qu'il s'était pourtant engagé à recevoir et à payer⁴. Cela fait penser que la créance de prix n'était pas née avant l'exécution de la prestation.

30. Pourtant un certain nombre de solutions de droit positif sont en sens contraire et tendent à montrer qu'il n'existe pas une pluralité de créances dans les contrats à exécution successive, mais une créance unique dont l'exigibilité est seule échelonnée dans le temps.

En voie d'exécution, la loi prévoit l'efficacité de la saisie sur les termes successifs de la créance de prix issue d'un contrat à exécution successive, le créancier saisissant n'ayant pas besoin de renouveler la procédure de saisie pour chacun des termes successifs. Cela ne serait pas possible si les termes successifs représentaient une pluralité de créances à naissance successive.

¹ Voir cependant M.-L. CROS, « Les contrats à exécution échelonnée », *D.* 1989, p. 49, où l'auteur démontre le caractère inopérant de cette distinction et en conclut que la véritable césure se trouve entre les contrats à durée déterminée et indéterminée.

² Par exemple le contrat d'abonnement où les biens ou services sont fournis de façon discontinue, abonnement à une revue, mais aussi abonnement à l'eau ou l'électricité.

³ Par exemple le bail où la jouissance de la chose louée est fournie de façon continue.

⁴ Com. 22 oct. 1996, n°94-15410, P, *D.* 1997, 173 R. LIBCHABER, *RTD civ.* 1997, 123, J. MESTRE, 439, P. JOURDAIN. Le client n'est condamné qu'à payer des dommages et intérêts à son fournisseur. Le régime n'est pas le même car le fournisseur doit rapporter la preuve de son préjudice, ce qui n'est pas forcément évident. Doit être rattaché à cette solution un autre arrêt où la Cour d'appel qualifie de clause pénale le prix malgré tout dû en vertu d'une clause contractuelle expresse : civ. 1, 10 oct. 1995, n°93-16869, P, *D.* 1996, 116, P. DELEBECQUE, *JCP G* 1996 I n°3914, n°9, M. BILLIAU, *JCP G* 1996, II, n°22520, G. PAISANT. Là encore, cela fait penser que la créance de prix n'existe pas avant l'exécution de la prestation, puisque le paiement du prix malgré l'inexécution de la prestation eu égard au changement d'avis du client n'est plus le paiement d'un prix, mais une clause pénale, réductible en justice pour excès.

Un arrêt de chambre mixte du 22 novembre 2002 consacre l'efficacité d'une saisie attribution de créance à exécution successive sur les termes postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective chez le débiteur cédant¹. Si les termes successifs représentaient des créances successives, non seulement la saisie ne pourrait poursuivre ses effets sans être renouvelée, mais elle le pourrait encore moins en cas d'ouverture d'une procédure collective chez le cédant, car l'indisponibilité des biens de ce dernier y ferait obstacle. En outre, comme le remarque Martine Behar-Touchais, la lettre de l'arrêt va bien dans le sens d'une créance unique comportant plusieurs termes². La solution doit s'étendre à l'avis à tiers détenteur d'une créance à exécution successive ou à sa cession antérieure à l'ouverture de la procédure collective.

31. Face à cet antagonisme des solutions jurisprudentielles, certains auteurs considèrent, sur la base d'une réflexion théorique, que les créances naissent successivement dans tous les contrats à exécution successive, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée³.

32. D'autres auteurs opèrent en revanche une distinction selon que le contrat est à durée déterminée ou indéterminée⁴. Il s'agit notamment de Georges Brière de l'Isle, de Martine Behar-Touchais et de Benoît Grimonprez. D'après eux, la créance naît pour le tout au jour du contrat dans le cas d'un contrat à durée déterminée, mais successivement dans le cas d'un **contrat à durée indéterminée**. Outre la réflexion théorique rétive à reconnaître l'existence d'une créance née pour le tout au jour de la formation du contrat alors que le nombre d'échéances et par conséquent le montant globalement dû ne sont pas connus, les auteurs se fondent sur le droit du cautionnement. En la matière, la jurisprudence contredit clairement une naissance successive dans le cas des contrats à durée déterminée. Elle considère que l'obligation de règlement naît pour le tout au jour du contrat. En cas de survenance d'une cause d'extinction en cours de vie du contrat cautionné à durée déterminée, la caution reste malgré tout tenue de tous les termes postérieurs⁵. Martine Behar-Touchais remarque que la loi a consacré cette solution en considérant que la résiliation d'un bail à durée déterminée prend effet au terme du bail en cours au jour de la résiliation⁶. Mais il n'en va pas de même en matière de cautionnement d'un contrat à durée indéterminée où la jurisprudence reconnaît

¹ Mixte 22 nov. 2002 n°99-13935, P, BICC n°569 du 15 janv. 2003, conc. R. VIRICELLE dont l'avis est contraire à l'arrêt rendu, rapp. E. FOULON, *RTD civ.* 2003, p. 331, P. CROCOQ, p. 146, R. PERROT, p.331, D. HOUTCIEFF, *RTD com.* 2003, p. 367, A. MARTIN-SERF, p. 148, D. LEGEAIS, *D.* 2002, 3270, A. LIENHARD, *D.* 2003, p. 445, C. LARROUMET, p. 1472, G. TAORMINA, *JCP G* 2003 II 10033, D. Houtcieff, *JCP E* n°11, 13 mars 2003, 397, D. LEGEAIS, *Def.* 2003, 37850, p. 1621, P. THÉRY, *GP* 2003, p. 366, C. BRENNER, *LPA* 15 juin 2003, p. 15, J.-L. COURTIER et M. KÉITA, *LPA* 27 févr. 2004, p. 11, M. SÉNÉCHAL, *Procédures* 2003, n°1 p. 12 et n°8 p. 8, R. PERROT, *RD bancaire et fin.* 2003, p. 22 A. CERLES, p. 32, J.-M. DELLECI.

² BEHAR-TOUCHAIS Martine, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41. L'arrêt énonce que la saisie produit ses effets « sur les sommes échues en vertu de cette créance », il y a donc plusieurs échéances, plusieurs termes, mais il n'y a qu'une seule créance.

³ Notamment, mais essentiellement : P. ANCEL, « Froce obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771, spéc. n°42. L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. 1984, Economica, tout spéc. n°188 s. C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, th. Dalloz 2003, n°469. C. GOLHEN, *Les contrats dits à exécution successive*, th. 2006.

⁴ G. BRIÈRE DE L'ISLE, « Les contrats successifs », *D.* 1957, ch. p. 153, spéc. p.155. M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41, spéc. n°21. B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. LGDJ 2006, n°71.

⁵ Voir notamment com. 11 mai 1993, n°90-19932, P, *JCP E* 1993 II 503 note P. DELEBECQUE.

⁶ En ce sens, M. BEHAR-TOUCHAIS, art. cit., in Colloque sur la date de naissance des créances. Article 22-1 de la loi du 6 juill. 1989 inséré par la loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat.

implicitement l'efficacité de la résiliation unilatérale de son engagement par la caution¹. Celle-ci n'est plus tenue des échéances postérieures à sa résiliation. Cela impliquerait que ces échéances ne correspondent pas à une créance née antérieurement pour le tout au jour du contrat, mais à une succession de créances nées postérieurement à la résiliation.

33. L'esquisse ainsi dressée montre clairement **l'incohérence du droit positif** quant à la date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. **L'absence de consensus doctrinal** est également patente. Pour ces raisons, la focale méritait d'être portée sur cette problématique spécifique. Mais nous choisissons également cette problématique eu égard aux nombres de questions liées au thème général de la date de naissance des créances que la résolution de cette problématique nécessitera d'aborder. S'il n'est cependant pas possible de percevoir ce facteur d'emblée, sa considération doit malgré tout être explicitée.

34. La cohérence du système de droit privé doit être restaurée en la matière. La cohérence préserve la sécurité juridique. Elle garantit l'objectivité et l'impartialité des décisions de justice en permettant leur prévisibilité. Des dates de naissance différentes d'une même créance ne peuvent perdurer en droit. Cela discrédite toute solution rendue qui serait totalement ou partiellement fondée sur la date de naissance de la créance. À cela s'ajoute la considération déjà abordée que le droit de créance constitue l'un des deux éléments de base du système de droit privé. Dès lors, des hésitations sur sa date d'existence portent atteinte à la solidité de l'édifice dans son ensemble puisqu'elles s'attaquent à ses fondations.

Si la cohérence doit être restaurée en la matière, la tâche pourrait s'avérer périlleuse à cause de facteurs extérieurs de complexification qui viennent ajouter de la confusion et renforcent par là même l'incohérence soulevée. L'existence de ces facteurs explique que la controverse soit devenue inextricable. Ce sont également ces facteurs qui expliquent que nombre de points liés à la thématique générale de la date de naissance des créances doivent être abordés à l'occasion de la résolution de la problématique choisie.

B. Complexification par l'existence de facteurs d'incohérences

35. La polysémie juridique pour désigner la date de naissance de la créance constitue déjà en elle-même un problème. Les vocables « fait générateur », « origine » ou « source » sont utilisés à tour de rôle, si bien qu'il est parfois possible d'hésiter quant au point de savoir s'il s'agit bien de la date de naissance de la créance qui se trouve désignée.

Au-delà, c'est surtout la confusion de la créance elle-même ou de sa naissance avec d'autres notions qui trouble la perception en droit de la date de naissance de la créance, de sa date d'existence (1). Et la question se trouve encore obscurcie de l'extérieur par les règles de droit qui nécessitent

¹ Civ. 3, 25 avr. 1990, n°88-15189, P, com. 11 mai 1993, n°90-19932, P, com. 1^{er} avr. 2008 n°07-11003. Mais cela résulte toujours d'une interprétation a contrario.

implicitement le critère d'existence de la créance, certaines étant plus complexes qu'il n'y paraît sous cet angle précis, d'autres semblant vouloir s'affranchir de l'existence de la créance alors qu'elles reposent fondamentalement dessus (2).

1/ Complexification par le parasitage de la créance et de sa naissance

36. La détermination de la date de naissance de la créance est rendue confuse par le mélange de la naissance de la créance avec ses modalités ou ses caractères, mais également par la survenance de notions incertaines venant parasiter le concept de créance lui-même. Dans tous les cas, **la confusion créée donne l'impression que la créance existe alors qu'elle n'existe pas encore ou qu'elle n'existe pas encore alors qu'elle existe déjà. La date de naissance de la créance s'en trouve anticipée ou retardée par l'effet d'une illusion** générée par ces facteurs de confusion.

37. Il existe en matière contractuelle une confusion qu'il est possible de relever d'emblée. Il s'agit de celle entre la créance et sa source, le contrat. Dans son article sur la force obligatoire et le contenu obligationnel du contrat, Pascal Ancel met bien en évidence cette tendance à confondre les obligations au sens technique du terme avec le caractère obligatoire du contrat, si bien que des obligations sont souvent vues là où il n'y en a aucune¹. Il faut dire aussi que le Code civil n'aide pas à la distinction. Les définitions du contrat et de l'obligation sont fusionnées au sein de d'un même article². Le régime général de l'obligation est calqué sur les obligations conventionnelles. Et le vocable d'obligation « contractée » est souvent utilisé par la loi pour désigner en réalité des obligations de toute source, y compris extracontractuelle³.

38. La confusion se cristallise d'abord par rapport aux **modalités de l'obligation** que sont le terme et la condition.

Le terme fait dépendre la créance d'un événement dont la survenance est certaine, mais dont la date de survenance peut être inconnue, telle par exemple la mort d'une personne. Au contraire, la condition fait dépendre l'obligation d'un événement futur et incertain dans sa survenance, si bien qu'il n'est pas encore certain que le débiteur soit obligé puisque cela dépendra de l'arrivée ou non de l'événement. La distinction est importante du point de vue de la date de naissance de la créance puisque **la créance à terme existe déjà, tandis que la créance conditionnelle n'existe pas encore**. Le Code civil est clair en disposant à son article 1185 que « *Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* ».

¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, 771. L'obligation au sens technique du terme est souvent confondue avec les devoirs plus généraux : H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, traité Litec, 2003, p. 375.

² Article 1101 du Code civil.

³ **Le participe « contracté » n'y désigne pas en réalité le contrat.** L'expression provient du droit romain et désigne la contraction du lien d'obligation par le rapprochement de ses deux protagonistes, le débiteur et le créancier. J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, 653, spéc. n°11 s. L'auteur observe en outre que le contrat n'a historiquement pas toujours été un accord de volontés. Voir par exemple l'article L. 632-1 6° du Code de commerce sur les nullités de la période suspecte. Voir également l'article L. 144-7 du Code de commerce sur la solidarité légale du propriétaire du fonds le mettant en location gérance dans les six premiers mois de celle-ci.

Cependant, en notre époque moderne, le terme et la condition tendent à être confondus pour être placés sur un même plan. Cela est d'autant plus erroné que la différence est en réalité cardinale.

Par exemple, en droit des voies d'exécution, alors que la saisie doit porter sur une chose qui existe au jour où elle est diligentée¹, l'article L. 112-1 alinéa 2 du Code des procédures civiles d'exécution dispose-t-il que les saisies « *peuvent également porter sur les créances conditionnelles, à terme ou à exécution successive* ». Or, la créance à terme existe, tandis que la créance conditionnelle n'existe pas encore et ne devrait pas pouvoir être l'objet d'une saisie. Si le législateur a éprouvé le besoin de permettre explicitement la saisie des créances conditionnelles, c'est sans doute par un dévoiement déjà antérieur de cette notion, les créances conditionnelles saisies n'étant pas réellement conditionnelle, mais plutôt à terme, non encore exigibles, voire non encore liquides.

Dès lors, rien d'étonnant à ce que la date de naissance de la créance perde sa limpidité en droit et que l'existence ou non de la créance à exécution successive soit controversée malgré sa dénomination qui impliquerait bien qu'elle existe. Les créances conditionnelle et à terme étant placées sur un même plan alors qu'elles ne devraient pas l'être, la confusion joue dans les deux sens. Elle tend à faire croire que la créance conditionnelle existe déjà comme la créance à terme, alors que tel n'est pas le cas. Et elle tend également à faire croire que la créance à exécution successive n'existe pas encore, comme la créance conditionnelle, alors que, pourtant, comme l'indique la dénomination, c'est l'exécution qui est successive et non pas la créance.

39. La confusion s'étend aux **qualités** de la créance. Certains mécanismes usent d'une trilogie connue : une créance « **certaine, liquide et exigible** » est nécessaire pour leur mise en œuvre. Tel est le cas par exemple de l'action oblique de l'article 1166 du Code civil² ou encore des voies d'exécution forcées dont les conditions générales sont posées par l'article L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution³. Dans sa thèse sur la formation des créances, Emmanuel Putman a effectué l'étude de ces qualités de la créance en expliquant bien qu'elles relevaient de la perfection de la créance et succédaient à sa naissance⁴. Pourtant la naissance de la créance est souvent confondue avec ces caractères. Cela génère l'illusion d'un report de la date de naissance de la créance qui n'est pas considérée comme née au motif qu'elle ne revêt pas l'une ou l'autre de ces qualités.

40. L'absence de **certitude** de la créance tend par exemple à ne pas admettre l'existence de la créance de réparation avant le jugement de condamnation en droit de la responsabilité⁵. La certitude

¹ Et par conséquent lorsque le bien saisi est une créance, celle-ci doit exister au jour de la saisie : P. LE CANNU, « La saisie-attribution », in *La réforme des procédures civiles d'exécution*, Loi du 9 juillet 1991, Colloque CRFPA du 19 juin 1992, p. 19, spéc. p. 24 : « *le loi ne définit pas le tiers saisi. Le projet de décret définit le tiers saisi... d'une manière ... tout à fait acceptable, il faut que ce débiteur – tiers saisi, donc – soit débiteur d'une somme d'argent à la date de la saisie, c'est-à-dire, - c'est un point important en pratique - la créance que l'on saisit doit déjà exister au moment de l'acte de saisie-attribution* ».

² J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, traité Economica 2013, n°282.

³ Pour exercer une voie d'exécution forcée, l'article exige un titre exécutoire, qui absorbe la condition de certitude de la créance, mais également que la créance soit liquide et exigible. Avant la loi de 1991, les textes reprenaient la trilogie d'une créance certaine, liquide et exigible pour que le créancier puisse lancer une voie d'exécution forcée : M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8^{ème} éd., 2009, n°185 s.

⁴ E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. Aix-Marseille, 1987, n°504 s. L'auteur étudie d'abord la naissance de la créance en 1^{ère} partie, puis sa perfection en 2^{ème} partie.

⁵ Mais le droit de la responsabilité n'est pas le seul domaine où la confusion entre certitude et existence de la créance peut être observée. Voir com. 24 mai 2011 n°10-18074, P, D. 2011, 1554, *RTD com.* 2012, 724, où un arrêt d'appel est cassé pour avoir refusé l'efficacité d'un avis à tiers détenteur au motif que la créance de TVA du Trésor n'était pas certaine.

est en réalité une qualité à géométrie variable. Elle s'identifie souvent en jurisprudence avec l'existence même de la créance lorsque les magistrats recherchent rétrospectivement son existence pour en conclure qu'elle était certaine¹. Mais la certitude désigne aussi, parfois en droit, toujours dans le sens commun, l'absence de contestation quant à l'existence d'une créance, éventuellement par sa consécration judiciaire².

41. L'article L. 111-6 du Code des procédures civiles d'exécution définit la créance liquide comme la créance « *évaluée en argent ou (dont) le titre contient tous les éléments permettant son évaluation* ». L'absence de **liquidité** de la créance pousse également à refuser d'admettre son existence³, peut-être à cause du sens commun du substantif « créance » qui désigne alors une somme d'argent au montant clairement fixé. Un arrêt a pu admettre une subrogation conventionnelle après paiements successifs partiels au motif que la créance globale ne pouvait être « *estimée et déterminée qu'à l'achèvement* » de la prestation⁴. Des auteurs ont pu proposer de fixer la date de naissance de certaines créances au jour de leur liquidation⁵.

42. C'est enfin avec l'**exigibilité** que la date de naissance de la créance est le plus fréquemment confondue. Il faut dire qu'a priori l'impossibilité de réclamer le paiement confine à l'inexistence⁶. C'est oublier que la créance peut être garantie, cédée ou saisie avant même qu'elle ne soit exigible. Les textes n'aident pas en la matière, notamment l'article 529 du Code civil qui dispose que « *sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers* »⁷. Bien que la lettre de l'article s'explique par le fait que le qualificatif « exigible » ne renvoie pas à la notion d'exigibilité⁸, cela prête malgré tout à confusion.

¹ En ce sens, voir S. REZECK, *Achat et vente de fonds de commerce*, Litec 4^{ème} éd., 2009, n°884, où l'auteur expose que, pour former opposition au prix de vente d'un fonds de commerce, il faut « *une créance au moins certaine..., c'est-à-dire... déjà née au plus tard ledit jour, donc existante... À défaut, la créance ne peut servir de base à l'opposition* ». Com. 21 janv. 1974 n°72-14348, P, où il est refusé une opposition au prix de vente sur le fonds de commerce d'une personne au motif que le créancier de justifiait pas d'une « *créance certaine* ». C'est qu'en l'espèce le demandeur se reposait sur des lettres de change en réalité sans valeur, il n'avait pas de créance du tout. Contrairement à l'opposition fait à une opération de fusion où la jurisprudence exige contra legem une créance certaine liquide et exigible, les textes semblent respectés en matière d'opposition au prix de vente du fonds de commerce où tout créancier peut former opposition. Pour l'admission de l'opposition en vertu d'une créance non exigible : T. com. Seine, 7 juill. 1923, *GP* 1923, 2, 439, Rép. min. JO Sénat 19 oct. 1960, p. 1290 et 1291, *JCP N* 1960 IV 3037-4, CA Douais, *Dr. fisc.* 2000, comm. 610. Une telle opposition n'est pas confortable car elle n'implique pas l'exigibilité immédiate de la créance, si bien que le prix de vente est consigné en attendant la venue du terme. C'est la raison pour laquelle les textes refusent aujourd'hui expressément le droit d'opposition au bailleur pour les loyers courus ou à échoir.

² Ainsi, en matière de droit d'opposition accordé aux créanciers d'une société absorbée par une opération de fusion, la loi accorde un droit d'opposition à toute créance sans considération pour sa qualité, mais la jurisprudence en limite l'application en exigeant une créance certaine liquide et exigible.

³ Civ. 3 10 juill 1996 n°94-22085, P, cassation de l'arrêt qui refusait d'admettre une compensation de dettes connexes au motif que la créance d'indemnité pour malfaçons invoquée n'était pas liquide. Voir également Civ. 1, 20 déc. 1976, n°74-14153, P, où la cour de cassation admet l'action paulienne tout en considérant que la créance invoquée pour son exercice n'était que future. Or, il s'agissait d'une créance d'indemnité, le dommage était antérieur à l'acte attaqué, seul le jugement était postérieur quant à lui. Dès lors, la créance de réparation invoquée n'était pas future au moment de l'acte attaqué, mais bel et bien présente.

⁴ Civ. 1, 27 nov. 1985, n°84-10899, P

⁵ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé : essai de théorisation à partir d'une distinction*, th. LGDJ, 2010. La proposition de l'auteur revient à cela pour certaines créances, en particulier pour les créances d'indemnité qui naîtraient du jugement de condamnation et pour les créances de prix issues d'un contrat à exécution successive.

⁶ Pour cette raison, la Directive CE n°2006/112 du 28 novembre 2006 définit le fait générateur de la créance d'impôt comme « *le fait par lequel sont réalisées les conditions légales nécessaires pour l'exigibilité de la taxe* », tandis que l'exigibilité est définie comme « *le droit que le Trésor peut faire valoir aux termes de la loi, à partir d'un moment donné, auprès du redevable pour le paiement de la taxe* ».

⁷ Les obligations ou créances sont donc des biens meubles. L'article ne fait pas ici référence aux actions de sociétés et aux emprunts obligataires tout simplement parce qu'il traite par la suite de ces dernières, « *les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie* ».

⁸ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. X, 3^{ème} éd. 1866, le mot « *exigibles* » ne veut pas dire des sommes qui peuvent être actuellement exigées. Il est employé ici par opposition aux arrérages des rentes dont le capital ne peut jamais être exigé par le créancier à la différence des sommes qui sont ou qui pourront être exigibles à une époque quelconque. L'article 584 du Code

La confusion entre la naissance et l'exigibilité est fréquente en jurisprudence. Elle se retrouve en communauté légale où les juges du fond utilisent à tort la date d'exigibilité de la créance pour déterminer le caractère commun ou propre d'une dette¹, encourageant ainsi la censure pour confusion entre naissance et exigibilité de la créance². Et, même si elle rappelle régulièrement que la date d'exigibilité est inapplicable en la matière³, il arrive que la Cour de cassation fasse elle-même la confusion⁴.

La confusion entre naissance et exigibilité se retrouve également en matière de pactes prohibés⁵. Les juges du fond prononcent alors la nullité pour pacte prohibé de prêts consentis par le défunt de son vivant et contenant un abandon de créance pour les termes éventuellement postérieurs à son décès⁶. La créance abandonnée par le défunt est née de son vivant, elle n'est pas amenée à naître après son décès. Seule l'exigibilité est reportée après ce dernier. Il ne s'agit donc pas d'un pacte prohibé, mais d'une promesse post mortem licite. L'erreur de qualification provient bien d'une confusion entre naissance et exigibilité. Cette confusion crée l'illusion d'une date de naissance postérieure à ce qu'elle est en réalité. Lorsque les arrêts sont soumis à son contrôle, la Cour de cassation les censure⁷. Mais il peut arriver qu'elle rejette le pourvoi, confondant ainsi elle-même entre naissance et exigibilité de la créance⁸.

civil prête pareillement à confusion en disposant que « les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages des rentes » alors que, dans le cadre d'un prêt à intérêt par exemple, si les intérêts courent et constituent des fruits civils, à l'évidence le remboursement de la somme prêtée n'est le plus souvent pas encore exigible.

¹ CA Aix en Provence 11 janv. 2005 JurisData 2005-270336, décision p. 5, où la Cour conclut au caractère propre d'une créance en se référant à l'exigibilité : « *Les indemnités liées à la rupture du contrat de travail sont exigibles à la date de la notification de la lettre de licenciement et donc en l'espèce après la date de l'assignation en divorce* ».

² Civ. 1, 20 juill. 1994, n°92-18916, P, cassation aux visas des articles 1185 et 2017 du Code civil, les obligations passant à l'héritier de la caution si elle y est tenue avant décès, ce qui était le cas d'un prêt, même si les échéances étaient postérieures au décès. Dans le même sens, mais par un arrêt de rejet, civ. 1, 10 juin 1997, n°95-19352, P. Voir également civ. 1, 17 juin 1986, Bull. n°169, JCP G 87, II Simler. Civ. 1, 5 juill. 1989, Bull. n° 272, JCP G 1989, IV, 335.

³ Voir par exemple civ. 1, 6 févr. 2007, n°05-18622, inédit. Il s'agissait de cotisations URSSAF exigibles annuellement et par avance. Le mari avait vraisemblablement payé la dernière année dans son intégralité après séparation du couple et réclamait que récompense lui soit reconnue pour moitié puisque le divorce était intervenu au cours du mois de mars de cette même année. L'arrêt d'appel qui avait refusé cette ventilation de la cotisation annuelle d'URSSAF est cassé. Cet arrêt rejette non seulement la date d'exigibilité, mais également la date de paiement car, si la cotisation annuelle avait intégralement été payée après divorce, elle avait été exigible intégralement avant celui-ci. Or, dans cette affaire, la cotisation n'était ni intégralement commune ni intégralement propre, mais devait être ventilée, d'où le rejet implicite de ces deux dates comme critère de détermination du caractère commun ou propre d'une dette.

⁴ Civ. 1, 31 mars 1992, n°90-16343, P, Def. 1992, art. 35349, G. CHAMPENOIS, Def. 1993, art. 35481, F. LUCET, JCP G 1992, II, p. 376, P. SIMLER, JCP G. 1993, I, 3718, J. BIGOT, RGAT 1993, p. 136, J.-L. AUBERT, RTD civ. 1992, 632, F. LUCET et B. VAREILLE. La Cour censure l'arrêt d'appel qui avait déclaré propre une indemnité de départ à la retraite au motif qu'elle avait été payée après divorce en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *si la somme versée n'était pas exigible avant la dissolution de la communauté* ».

⁵ Les pactes prohibés peuvent constituer l'un des enjeux de la date de naissance de la créance. Si la créance dont dispose la personne de son vivant est d'ores et déjà née ou censée naître avant son décès, alors la convention est valable. Mais si la créance dont dispose la personne de son vivant n'est censée naître qu'après son décès, alors la personne dispose sur sa succession future, le pacte est prohibé sur le fondement de l'article 1130 alinéa 2 qui interdit de telles conventions.

⁶ Par exemple, CA Besançon 15 déc. 1987 JurisData n°048963 et CA Versailles 22 déc. 1988 JurisData n°046799 concernant la stipulation qu'au décès du bailleur de fonds le solde restant dû ne pourra être réclamé par ses héritiers et restera acquis à l'emprunteur, CA Metz 10 févr. 1988 JurisData n°047360, où c'était l'inverse, il était stipulé que le remboursement du prêt ne pourrait être exigé du vivant de l'emprunteur, mais seulement de ses héritiers, après son décès. Voir également CA Rouen 8 juin 1994 JurisData n°043046.

⁷ Civ. 1, 3 avr. 2002, n°00-10301, P, D. 2002, 2753, I. NAJJAR, Def. 2002, art. 1244, R. LIBCHABER, Dr. famille, 2002, comm. n°92, B. BEIGNER, RJP 2002, 9/43, J. CASEY, civ. 1, 11 mars 2009, n°07-16087, inédit, RTD civ. 2009, 557, M. GRIMALDI, civ. 1, 9 juill. 2003, n°00-20681, P, D. 2004, 1848, S. BOUZOL, Def. 2003, art. n°1566, R. LIBCHABER, Dr. famille 2003, comm. 136, B. BEIGNIER, RJP 2003 10/41, J. CASEY : « *Attendu que ne constitue pas un pacte sur succession future prohibé, la convention qui fait naître au profit du bénéficiaire un droit actuel de créance qui s'exercera contre la succession du débiteur* ».

⁸ Civ. 1, 22 nov. 1989, n°88-14881, inédit. Il s'agissait d'une reconnaissance de dette pour un prêt consenti lors de l'achat d'un bien immobilier avec stipulation que le remboursement et les intérêts seront dus par les héritiers (maladresse de rédaction sans doute à l'origine de ce cas d'espèce non publié). La cour d'appel avait prononcé la nullité de l'acte au motif que, « *selon la*

Il est possible enfin de déceler la confusion entre naissance et exigibilité de la créance en matière de créance de salaire différé, où la Cour de cassation a elle-même pu opérer un temps la confusion, considérant que cette créance ne naît qu'au décès de l'exploitant, alors qu'elle naissait en réalité au plus tard du travail du descendant, seule son exigibilité étant reportée au jour du décès de celui-ci¹.

43. Mais il n'est pas que les modalités ou les qualités de la créance qui viennent troubler sa date de naissance. Celle-ci est également perturbée par des notions incertaines. Ce sont essentiellement le **germe² de créance** et la **créance éventuelle**. Ces notions sont imprécises dans leur contenu et dans leur domaine. Le droit éventuel semble avoir davantage de consistance que le germe. Le germe n'a quant à lui fait l'objet d'aucune étude doctrinale. Le droit éventuel a fait l'objet de tentatives de conceptualisation par René Demogue³ ainsi que par Jean-Maurice Verdier⁴. Cependant, même pour le droit éventuel, il n'est pas évident que l'expression soit utilisée par la jurisprudence ou la doctrine contemporaine dans le sens que lui ont donné ces auteurs l'ayant étudié. Au demeurant, les deux études ne sont pas univoques. Par exemple, le prix d'une chose future dans la vente constitue un droit éventuel pour Jean-Maurice Verdier, la créance de prix ne naissant plus tard qu'au jour de l'existence de la chose, tandis qu'elle naît du contrat et ne constitue pas une hypothèse de droit éventuel pour René Demogue⁵.

convention litigieuse, le remboursement de l'emprunt ne pouvait être poursuivi que contre les héritiers de Mlle Neu, en exécution d'une obligation mise à leur charge après le décès de leur auteur et non en vertu d'un engagement contracté par ce dernier, qui se trouvait lui-même dégagé de toute obligation, tant pour le remboursement du capital que pour le paiement des intérêts, les juges d'appel en ont déduit à bon droit que la cause relative aux modalités de remboursement du prêt litigieux constituait un pacte sur succession future, entaché d'une nullité absolue ». Il était certain ici qu'il n'y avait pas pacte prohibé car l'engagement avait été contracté et la créance de remboursement était née du vivant de l'emprunteur, de surcroît pour l'achat d'un immeuble que les héritiers retrouvaient à l'actif de la succession, il était donc de surcroît malvenu de ne pas faire supporter à la succession la charge corrélatrice d'emprunt. Voir aussi pour une confusion en matière de subrogation personnelle, com. 16 juill. 1979, n°77-12099, P, D. 1981, 224, J. MESTRE, où la Cour de cassation casse les juges du fond ayant admis la subrogation avant ouverture de la procédure collective du vendeur au motif que la créance du prix de vente n'était pas née, qu'elle était née après l'ouverture de la procédure au jour de la livraison. Mais le visa de l'article 1651 du Code civil montre bien la confusion opérée ici entre naissance et exigibilité car l'article détermine une date d'exigibilité par défaut et non pas une date de naissance de la créance de prix de vente.

¹ Civ. 1 13 avr. 1999, n°97-12896 où les juges du fond avaient pourtant statué dans le bon sens en admettant l'inscription d'une hypothèque par l'héritier pour garantir le montant de sa créance de salaire différé, mais où l'arrêt est cassé au motif que « **la créance de salaire différé ne peut être fixée qu'après le décès de l'exploitant** ». Montrant la réticence à admettre l'existence d'une créance avant sa liquidation et son exigibilité, un arrêt plus récent prononce l'extinction de la créance pour défaut de déclaration à l'ouverture de la procédure de l'exploitant, mais en la qualifiant de « **créance éventuelle** » : com. 30 juin 2004, n°02-15345, P, JCP E 2000, p. 458, P. DELEBECQUE, JCP N 1999, p. 1289, G. RIVIÈRE. Un arrêt récent rappelle explicitement la naissance de la créance avant décès : Civ. 1, 18 janv. 2012, n°10-24892, FS-P-B-I, JCP N 2012, n°8-9, 1118, R. LE GUIDEC et H. BOSSE-PLATIERE, RLDC 2012/91, n°4598, A. PAULIN.

² Emmanuel Putman remarque dans sa thèse que le **germe est « un genre en voie d'excessive extension »** (E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. 1987, n°187). Ajoutons que cette extension excessive est particulièrement dangereuse pour la cohérence du système de droit privé. C'est dans le cadre de la saisie d'une créance ou encore de sa cession que le germe est le plus souvent utilisé. **L'expression se retrouve souvent pour les créances qui ne sont pas encore liquide ou bien qui ne sont pas encore exigible**. L'expression est fréquente pour la créance de réparation. Elle trouvait une certaine utilité à l'époque de la saisie-arrêt qui pouvait présenter une phase conservatoire suivie d'une phase exécutoire (ancien article 557 du Code de procédure civile). Aujourd'hui, les mesures d'exécution forcée supposent un titre et une créance liquide et exigible. Quant aux **saisies conservatoires**, elles nécessitent une « **créance (qui) paraît fondée en son principe** » conformément à l'article L. 511-1 du Code des procédures civiles d'exécution. Mais il s'agit là simplement de la **naissance de la créance sur le plan de l'apparence, de la probabilité**. Ce n'est pas une créance non encore née mais probablement à naître, c'est une créance probablement née à la date de la saisie conservatoire.

³ R. DEMOGUE, « Des droits éventuels, hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, 723 et 1906, 2, regroupés en une monographie disponible sur *Gallica*.

⁴ J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, th. 1955.

⁵ Cf. *infra*.

44. Ces notions floues représentent un véritable problème du point de vue de la date de naissance de la créance. Leur utilisation suppose que la créance ne soit pas encore née. Mais leur utilisation pallie cette absence de naissance¹, si bien que tout se passe comme si la créance supposée non encore née l'était déjà. **Il n'est alors plus possible de savoir quand naît la créance puisque son existence devient indifférente.** Si elle existe, le mécanisme le mettant en œuvre fonctionne. Si elle n'existe pas encore, le mécanisme fonctionne malgré tout au motif d'un supposé germe ou d'une supposée créance éventuelle. La date de naissance devient difficilement perceptible avec l'utilisation de telles notions, alors pourtant qu'elle représente des enjeux considérables.

Cette confusion est inhérente à la naissance de la créance, car elle opère par le biais d'une perturbation au sein et autour du concept lui-même. Mais une autre confusion peut également se retrouver dans les mécanismes mettant en œuvre le critère de date de naissance ou d'existence de la créance. En effet, ces mécanismes ne sont pas toujours limpides quant à leurs effets, si bien qu'il devient alors difficile de percevoir la date de naissance de la créance à travers leur prisme.

2/ Complexification par le flottement de mécanismes mettant en œuvre le concept de créance

45. Il n'est pas toujours évident de percevoir la date de naissance de la créance à travers les mécanismes qui la mettent en œuvre. Quelques exemples permettent d'illustrer la difficulté.

Pour que le créancier puisse exercer **l'action paulienne**, il est traditionnellement exigé que son droit soit né antérieurement à l'acte attaqué. En effet, l'article 1167 du Code civil dispose que les créanciers « *peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ». Or, pour être créancier, encore faut-il que le droit de créance invoqué pour exercer l'action paulienne soit né au jour de l'acte prétendument frauduleux attaqué. Contrairement au cas de l'action oblique, la jurisprudence n'exige pas une créance certaine, liquide et exigible. Une créance certaine en son principe suffit². Il semblerait donc que l'action paulienne mette en œuvre le critère de date de naissance, celle-ci devant être née au jour de l'acte attaqué. Pourtant, des arrêts acceptent l'exercice d'une action paulienne alors même qu'il était certain que la créance n'était pas née au jour de l'acte attaqué, celui-ci ayant été passé en prévision de la dette future³. L'utilisation et la perception de la date de naissance de la créance à travers l'action paulienne s'en trouve émoussée. Elle conserve malgré tout une importance de premier rang, mais il convient de percevoir celle-ci précisément. Jérôme François l'explique, « *l'antériorité de la créance n'est pas une condition autonome de*

¹ Par exemple, dans sa thèse sur les contrats à exécution successive, Catherine Golhen soutient la naissance successive de la créance dans le bail et se trouve alors confronté à la jurisprudence qui admet la poursuite des effets d'une saisie ou d'une cession antérieure sur les termes postérieurs de la créance de loyers (cf. infra n°156 et s.). Alors l'auteur en appelle à la notion de germe de créance : « Le cédant a transmis au cessionnaire, si ce n'est les créances, au moins des germes des créances. Quand la créance naît, elle naît directement dans le patrimoine du cessionnaire » (C. GOLHEN, *Les contrats dits à exécution successive, Réflexion sur la date de naissance des obligations*, th. Caen 2006, n°624). Pourtant, dans les arrêts étudiés, à aucun moment la jurisprudence n'utilise l'expression de « *germe de créance* ». Il s'agit toujours de la créance saisie ou de la créance cédée.

² Civ. 1, 5 avr. 2005, n°03-15217, inédit, cassation au visa de l'article 1167 du Code civil : « *Attendu que le créancier qui exerce l'action paulienne doit justifier d'une créance certaine en son principe au moment de l'acte argué de fraude* ».

³ Civ. 1, 20 déc. 1976, n°74-14153, P.

*l'action paulienne. Elle représente un élément de nature à permettre d'établir la fraude du débiteur »*¹. C'est au niveau de la preuve de la fraude que la date de naissance de la créance intervient. Il sera plus difficile de prouver cette fraude lorsque le droit n'était pas né au jour de l'acte attaqué, car le demandeur devra alors prouver que la fraude a été organisée à l'avance en prévision de porter atteinte à la créance future du demandeur.

46. Les mécanismes qui reposent sur un transfert de propriété de la créance peuvent parfois poser problème au regard de l'appréciation de la date de naissance de la créance. Lorsqu'il est prétendu que le transfert s'opère sans égard pour la date de naissance de la créance, celle-ci perd son intérêt. Mais le concept de créance et la cohérence du droit s'en trouvent atteints pour un résultat douteux. Le problème n'est-il pas, comme nous l'avons observé pour le germe de créance que l'on tend parfois à penser que la créance n'existe pas encore alors qu'elle existe déjà ? **C'est la date de naissance de la créance qu'il faut clarifier et non pas la cohérence du système de droit qu'il faut fragiliser.**

Ainsi, la cession de créances opère un transfert du bien qu'elle constitue du patrimoine du cédant vers celui du cessionnaire. En toute logique, et conformément à un adage bien connu, il n'est pas possible de transmettre davantage de droits que ce que l'on a. Pour cette raison, le transfert de propriété ne doit pas pouvoir s'opérer si la créance n'existe pas encore. Le critère de date de naissance pourra ainsi entrer en jeu en cas de saisie postérieure ou en cas d'ouverture d'une procédure collective entraînant l'indisponibilité des biens du créancier cessionnaire, parmi lesquels la créance cédée. Alors, de deux choses l'une. Soit la créance existait déjà avant. Sa propriété a alors pu être transmise et, n'étant plus dans le patrimoine de son titulaire initial, elle n'est pas atteinte par l'ouverture de la procédure collective. Soit la créance n'existait pas encore au jour de la procédure collective² et, naissant postérieurement à celle-ci, elle ne peut plus quitter le patrimoine du cédant du fait de l'indisponibilité des biens engendrée par l'effet de la procédure collective³. Le raisonnement est simple. La propriété de la créance est transmise si la créance existe. Elle ne saurait l'être si la créance n'existe pas.

Or, la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 est venue modifier l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier qui dispose depuis que « *La cession (..) prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, **quelle que soit la date de naissance,***

¹ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Economica 2000, n°314 et 315.

² La cession peut porter sur une chose future et par conséquent sur une créance future conformément à l'article 1130 du Code civil. Mais, si le contrat peut porter sur une chose future, le transfert de propriété qu'il engendre ne peut s'opérer avant l'existence de cette chose. Il n'est pas besoin d'un germe de créance pour que la cession d'une créance future soit valable, il suffit qu'elle soit suffisamment identifiée conformément à l'article 1129 du Code civil (cf. infra n°173). Les effets personnels et réels du contrat se dissocient, la créance de prix naît du contrat, mais la chose, la créance ne sera transférée qu'au jour de son existence (cf. infra n°174).

³ L'interdiction du paiement peut aussi fonder l'absence de transfert de la créance cédée antérieurement après l'ouverture de la procédure collective. Mais il convient alors d'être vigilant, ce n'est pas le paiement de la créance cédée dont il s'agit, ce n'est pas le paiement direct d'une somme d'argent auquel il est fait obstacle. C'est l'exécution de l'obligation du cédant au contrat de cession de créance, qui s'incarne dans l'effet réel du contrat de cession, à savoir transférer la propriété du bien. Il s'agit là aussi d'un paiement bloqué par l'ouverture de la procédure, au même titre qu'un client qui aurait payé par avance un bien vendu par la personne en procédure collective n'en recevrait pas livraison du fait de l'ouverture de la procédure et de l'interdiction des paiements de dettes antérieures (cf. infra n°178 et s.).

d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs »¹.

Ce texte heurte la logique la plus élémentaire. Les effets de la transmission de créance se produisent, même si la créance n'existe pas. Si le texte était appliqué en l'état, la date de naissance de la créance n'aurait effectivement plus d'intérêt. Or, derrière la date de naissance, c'est **l'existence abstraite du concept de créance** lui-même qui se trouve reniée par le texte. Au surplus, quel crédit accorder à un texte qui semble distinguer l'échéance et l'exigibilité alors que les deux vocables représentent en réalité la même notion ?

47. L'incohérence de la date de naissance de la créance de prix d'un contrat synallagmatique à titre onéreux se trouve ainsi renforcée par un flottement notionnel autour de la créance, autour de sa naissance, mais également autour de certains mécanismes conditionnés par son existence ou ayant la créance pour objet. L'objectif poursuivi s'en trouve d'autant plus difficile à atteindre. Pour ces raisons, il est indispensable de fixer des axes méthodologiques.

III. Axes méthodologiques

48. Les axes méthodologiques adoptés sont au nombre de trois, le respect de la cohérence (A), le décloisonnement de la réflexion (B) et le renouvellement de l'approche quant à la problématique choisie (C). Les deux premiers fixent une ligne de conduite, tandis que le troisième indique l'orientation choisie et par conséquent le cheminement suivi.

A. La cohérence du système de droit privé respectée

49. Il n'est pas possible de prétendre résoudre une incohérence tout en faisant soi-même preuve d'incohérence. Chercher à restaurer cohérence du droit privé quant à la date de naissance de la créance de prix implique de respecter autant que possible la cohérence du système dans son ensemble. Il ne serait pas satisfaisant de résoudre une incohérence par la création ou par le renforcement d'autres sources de confusions. Pour cette raison, il sera nécessaire de prendre parti sur un certain nombre de points sans lesquels toute construction cohérente dans son ensemble serait vouée à l'échec. En particulier, les facteurs d'incohérences précédemment exposés obscurcissent le débat. Il sera indispensable de prendre position quant à eux en suivant comme axe de conduite la préservation d'une cohérence d'ensemble. Pour ce faire il s'impose d'**écarter tout raisonnement biaisé qui nierait inutilement jusqu'à l'existence abstraite du concept de créance lui-même**.

50. Suivant cette lumière, **la distinction du terme et de la condition** devra être préservée, car elle n'est pas fictive, mais **relève de l'essence du concept de créance**¹. Corrélativement, la naissance de

¹ D'autres articles du Code monétaire et financier reprennent le même dispositif pour les effets de cessions particulières par bordereau : articles L. 214-169 et L. 515-21.

la créance devra être distinguée de son exigibilité². Elle devra également se distinguer de sa liquidité³.

51. Les notions inutiles, voire dangereuses pour l'existence abstraite et théorique de la créance, comme pour la cohérence d'ensemble du droit privé, devront être écartées, qu'il s'agisse du **germe de créance**⁴ ou du **droit éventuel**⁵. Ces notions, auxquelles il est possible d'adjoindre celle de **créance certaine**⁶, ne constituent en réalité que les symptômes des incertitudes du droit positif en matière de date de naissance de la créance. L'idée qu'elles incarnent est compréhensible. Mais leur existence réelle est douteuse et se dissout à la lumière de la véritable date de naissance des créances concernées. Par exemple, comme il sera vu, la créance de réparation existe dès le jour du dommage. Dès lors, il ne sert à rien de dire que la créance est en germe avant le jugement de condamnation. Il y a davantage qu'un germe, il y a une véritable créance. Utiliser l'idée de germe ne fait que générer un doute quant à cette existence et par conséquent quant à la date de naissance de la créance. Davantage qu'un germe de créance, il s'agit là d'un germe d'incohérence quant à la date d'existence de la créance dans le système de droit privé.

52. La logique fondamentale des mécanismes de transfert de propriété devra être préservée, ce qui implique qu'une créance ne soit transférée d'un patrimoine dans un autre qu'après son existence et non pas avant⁷.

Dans le même ordre d'idée, **la logique fondamentale du mécanisme d'extinction de la créance** devra aussi être préservée, ce qui implique qu'une créance ne puisse être éteinte qu'après sa naissance et non pas avant⁸.

Seules ces bases sont cohérentes. Il convenait d'exposer dès à présent ces **axiomes de cohérence du système de droit privé** sans lesquelles aucune restauration de la clarté n'est possible en matière de date de naissance de la créance, élément fondamental de ce système.

¹ Cf. infra n°524. Pour cette même raison, **la certitude de la créance sera considérée comme s'identifiant quant à elle à sa date de naissance**. Cette vision correspond à celle de la **condition** où la créance n'existe pas encore parce que l'événement n'est pas certain, ce qui implique que l'engagement n'est lui-même pas certain et qu'a contrario l'engagement existe lorsqu'il est certain, que la certitude participe de l'essence de la créance. D'autres degrés de certitude peuvent être exigés cependant, ils ne relèvent pas de la naissance de la créance, mais de sa perfection comme l'a relevé Emmanuel Putman dans sa thèse (E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. 1987).

² Cf. supra n°42.

³ Cf. supra n°41 et infra n°65.

⁴ Le germe de créance ne présente pas d'utilité réelle en droit. Il est en réalité à chaque fois utilisé pour pallier l'ignorance de l'existence réelle de la créance considérée. Cf. supra n°44 et infra n°149 et s., 174 et s.

⁵ Le droit éventuel est un facteur de confusion. Classiquement il désigne un droit qui n'est pas encore né et présente à ce seul égard une utilité dans son opposition à la créance d'ores et déjà née. La notion devient dangereuse à notre sens lorsqu'il est tenté d'en faire un droit qui existerait déjà quant à lui car cette approche, d'après nous douteuse, fait perdre à la notion son utilité tangible, une opposition par rapport à un droit qui existe belle et bien. Cf. supra n°40 et 44.

⁶ La certitude de la créance est généralement redondante de sa seule naissance et se trouve le plus souvent, en réalité inutile. Elle peut cependant présenter une utilité pour la cession du droit litigieux ou bien au stade de la perfection de la créance. Le danger provient donc de l'utilisation du qualificatif de certitude lorsqu'il n'a pas d'utilité et correspond en réalité à la créance simplement née, car alors les stades de la naissance et de la perfection se trouvent rapprochés, ce qui est source de confusion en matière de date de naissance de la créance. Cf. infra n°524.

⁷ Cf. infra n°158 et s., n°173 et s.

⁸ Cf. infra n°97 et s.

B. La réflexion décroisonnée

53. Le cantonnement de la problématique traitée à titre de démonstration principale ne signifie pas le cloisonnement de la réflexion.

Comme il a été observé, pour préserver l'unité de la démonstration, il a été opéré un choix principal quant à la problématique à résoudre sur le terrain de la date de naissance de la créance. Ce choix porte sur **la restauration de la cohérence du droit quant à la date de naissance de la créance monétaire de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux.**

Mais le choix d'une problématique parmi celles que recèle potentiellement le thème plus général de la date de naissance des créances n'implique pas un cloisonnement de la réflexion. La particulière transversalité du concept de créance nécessite au contraire un **double décroisonnement, à la fois par rapport aux sources de l'obligation et par rapport aux branches du droit.**

54. La problématique ciblée ne vise évidemment que la source contractuelle. Malgré tout, **les mécanismes précédemment énoncés qui mettent en œuvre le critère de date de naissance de la créance, de son existence, concernent tous types de créances, quelle que soit leur source.** Et la créance constitue un concept unitaire du droit, en principe identique dans sa nature et sa structure quelle que soit la source dont elle est issue. Pour ces raisons, si **les autres sources d'obligations** ne peuvent entrer à titre principal dans l'argumentation, elles ne doivent pas être écartées a priori de la réflexion, car elles **peuvent représenter une source d'inspiration fructueuse.**

55. A fortiori, aucune branche du droit privé ne doit être mise à l'écart a priori. En effet, la plupart d'entre elles connaissent des créances de source contractuelle. Seules celles qui ne comportent pas de créances contractuelles de prix pourront être écartées.

Par exemple, le droit pénal ne présente *a priori* pas d'intérêt au regard de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. La date de naissance de la créance d'amende peut néanmoins être sujette à réflexion, car il y a lieu d'hésiter entre la date de commission de l'infraction et la date du jugement de condamnation. Cependant, cette problématique s'avère beaucoup trop éloignée de celle choisie pour qu'elle puisse être abordée, même de façon incidente.

Mais des branches particulières telles que le **droit comptable** et le **droit fiscal** ne doivent pas être laissées de côté au motif d'une **prétendue autonomie, dont Maurice Cozian a magistralement démontré le caractère erroné¹.** Bien au contraire, ces branches du droit appréhendent nécessairement toute créance de prix et doivent être mises à profit, car elles peuvent s'avérer une source d'inspiration généralement peu recherchée.

¹ M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une "tarte à la crème" : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^{ème} éd. 1999 p. 3.

Les branches du droit comptable et du droit fiscal doivent d'autant moins être écartées qu'elles constituent des matières **plus économiques**. Or, dans la controverse sur la date de naissance de la créance de prix, il est des auteurs qui adoptent une approche plus économique du problème¹. Pourtant, ces auteurs n'abordent ni le droit fiscal ni le droit comptable et se limitent dans leur argumentation au droit des entreprises en difficulté pour transposer en droit commun la date de naissance de la créance de prix qui y est adoptée. La vision de ces auteurs ne s'est certes pas imposée in fine. Mais la controverse est demeurée. Dès lors, toute source potentielle d'inspiration nouvelle ne doit pas être mise à l'écart.

C. L'approche renouvelée

56. Le fait que cette controverse dure depuis si longtemps représente un point cardinal à prendre en compte. D'éminents auteurs se sont penchés sur la question sans qu'un consensus ne s'installe. Si la résolution de cette controverse résidait dans le choix pour l'une ou l'autre des thèses en présence, l'issue aurait été trouvée depuis longtemps². Pour cette raison, il est nécessaire de **sortir du cadre existant pour explorer d'autres perspectives**.

Le caractère inextricable de la problématique provient du fait que la plupart des arguments invoqués dans un sens ou dans l'autre sont en réalité recevables. Il ne serait pas satisfaisant de limiter la démarche au choix de l'une ou de l'autre des thèses proposées en mettant simplement avant les arguments de celle-ci pour négliger ceux qui lui sont opposés. Cela ne ferait nullement avancer la réflexion sur le sujet ni l'état actuel du droit positif. Si une grande partie des arguments de chacun des partisans de chacune des thèses ne peut être réfutée, c'est nécessairement que l'opposition ne peut prospérer et que la nouvelle perspective doit passer par une articulation.

En l'état du système de droit privé, cela impliquerait de faire coexister plusieurs dates de naissance d'une même créance. Cela n'est d'emblée pas envisageable, car il n'est pas **naturel qu'un même concept puisse avoir deux dates de naissance différentes**. Pour cette raison, **articuler les thèses en présence au lieu de les opposer** implique de répondre à la dualité des dates de naissance qu'elles portent en elles par une dualité du concept de créance lui-même.

57. Une ligne de démarcation peut être tracée entre des auteurs partisans d'une vision classique et ceux partisans d'une vision plus économique. Trouver les linéaments théoriques permettant de faire coexister ces deux visions au sein du système de droit privé passe nécessairement par un approfondissement de la vision économique du problème, afin de bien percevoir son essence. Une

¹ G. ENDREO, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, 223. F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.* 2001, 1.

² Cela est d'autant vrai que, comme il sera vu, la controverse existait déjà à la fin du 19^{ème} siècle en droit des entreprises en difficulté (cf. infra n°74, n°114 et s.). La loi de 1985 et son article 40 n'ont fait que renouveler ce problème qui s'était déjà posé, cette hésitation quant aux dates de naissance de la créance de prix.

fois cette essence mieux cernée, nous verrons qu'il sera possible d'identifier d'autres manifestations de cette vision économique en dehors du droit des entreprises en difficulté.

La réflexion et la recherche de la cohérence du droit quant à la date de naissance de la créance de prix doivent ainsi passer par un nouvel examen des thèses en présence et du hiatus auquel conduit leur opposition. Ce n'est qu'à l'issue de ce constat de carence qu'il sera possible de s'orienter vers la voie nouvelle d'une conciliation des thèses en présence, en cheminant vers l'existence d'une approche plus économique de la créance et de sa date de naissance.

L'incohérence d'une dualité inextricable des dates de naissance de la créance (partie 1) sera donc levée par la découverte de la coexistence d'une dualité des acceptions du concept de créance, l'une classique bien connue, l'autre économique qu'il reste à découvrir (partie 2).

PARTIE 1 : Les carences d'une approche juridique de la date de naissance de la créance

58. Schématiquement, deux thèses s'opposent quant à la date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux.

Une thèse pouvant être qualifiée de classique fait naître à la fois la créance de prix et la créance de contreprestation pour le tout au jour de la formation du contrat. Cette thèse est simple et univoque. Les auteurs qui la défendent sont en syntonie quant au mode de naissance et quant aux dates de naissance des créances.

À cette thèse classique s'oppose un courant plus moderne qui reporte la date de naissance de la créance de prix à une période postérieure au jour de la formation du contrat, au stade de son exécution. Il importe ici de bien distinguer le stade de l'exécution du contrat de l'exécution de la prestation prévue au contrat, l'obligation en nature. L'exécution du contrat représente le laps de temps qui s'écoule entre la formation du contrat et son extinction. Ce laps de temps incorpore l'exécution de la contreprestation, mais il ne s'identifie pas à elle. Ce second courant n'est pas univoque. Les schémas de naissance proposés ainsi que les dates de naissance proposées sont en réalité variés. La recherche de cohérence implique de replacer la date de naissance de la créance de prix dans un contexte plus global et par conséquent de prendre en compte le mode et la date de naissance de la créance de contreprestation alors même que celle-ci n'est pas l'objet principal de la controverse ciblée. Ce courant contemporain donne une impression d'unité dans son opposition à la thèse classique d'une naissance de la créance de prix au jour de la formation du contrat. Ce n'est cependant qu'une impression. Ce courant moderne comporte en réalité une multiplicité de thèses contemporaines.

59. Les deux thèses présentent des inconvénients d'ordre logique et pratique. Elles se heurtent à des critiques qui sont pour la plupart fondées. Cependant, les critiques à l'égard de l'une de ces thèses antagonistes, aussi légitimes qu'elles soient, ne sont pas suffisantes pour fonder la thèse opposée.

L'examen des thèses modernes d'une naissance reportée au stade de l'exécution du contrat nécessite de s'affranchir un temps de la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté. Cette jurisprudence constitue une part importante du fondement de ces thèses contemporaines. Or, si l'on s'affranchit de la lettre des textes qui fait usage du critère de date de naissance de la créance, il n'est pas évident que la fonction de ce mécanisme dans le système de droit privé implique de mettre en évidence ou de faire usage de l'existence de la créance, de sa date de naissance. Au contraire, il est d'autres mécanismes du droit qui impliquent nécessairement l'existence de la créance, sa naissance antérieure, tels par exemple l'extinction de la créance ou son transfert de propriété. C'est à l'aune de mécanismes juridiques dont il est évident qu'ils impliquent l'usage de la date de naissance de la créance qu'il convient d'examiner à nouveau les thèses contemporaines d'une naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat. Ces thèses ne supportent pas la critique qui conduit à leur réfutation.

Au contraire, les critiques adressées à la thèse classique, si elles sont en partie légitimes, ne suffisent pas à détrôner le principe d'une naissance au jour du contrat. Mais le foyer de résistance que constitue la jurisprudence rendue en droit des procédures collectives sur le terrain du privilège de procédure nécessite une réflexion plus approfondie, car il y a en réalité davantage qu'une fiction juridique derrière cette manifestation qui n'est pas si isolée d'une résistance au principe de naissance des créances au jour du contrat.

Ainsi, si l'examen critique des thèses d'une naissance de la créance fixée au stade de l'exécution du contrat conduit à leur réfutation (titre 1), tel n'est pas le cas de la thèse d'une date de naissance fixée au stade de la formation du contrat dont l'appréciation critique conduit à la consolidation (titre 2).

TITRE 1 : Critique de la date de naissance de la créance fixée au stade de l'exécution du contrat

60. La fixation de la date de naissance de la créance de prix au stade de l'exécution du contrat émane d'un courant doctrinal qui comporte en réalité une pluralité de thèses avec une diversité de dates de naissance exactes de la créance et de schéma de naissance des créances réciproques dans le contrat synallagmatique à titre onéreux. Le contrat se distingue des obligations qu'il fait naître. Le stade de l'exécution du contrat constitue un laps de temps plus large que l'exécution de la seule prestation caractéristique. Par exemple, dans le cas d'une vente avec service après-vente, la période de SAV constitue toujours la période d'exécution du contrat alors pourtant que la prestation caractéristique, la livraison de la chose vendue, peut être exécutée depuis longtemps.

61. La problématique de la date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux recoupe plusieurs catégories de contrats, les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive, pouvant se subdiviser selon que l'exécution est continue ou échelonnée, à durée déterminée ou indéterminée. Les contrats à exécution instantanée s'exécutent en un trait de temps, tandis que les contrats à exécution successive voient l'exécution de leur prestation caractéristique s'étirer dans la durée. La frontière n'est cependant pas toujours évidente à tracer. En effet, une prestation de service peut s'exécuter en un trait de temps qui s'étire et il devient alors difficile de déterminer si cet étirement fait passer le contrat de la catégorie des contrats à exécution instantanée aux contrats à exécution successive. Cette difficulté laisse déjà pressentir une absence réelle de distinction quant à la date de naissance des créances entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive.

Les contrats à durée indéterminée présentent des caractéristiques bien spécifiques. Comportant en principe une faculté unilatérale de résiliation au profit des parties, le contenu global des prestations ne peut être connu ab initio, au moment de la formation du contrat, ce qui le rend rétif à l'admission d'une naissance des créances au jour de la formation du contrat. Réfuter les thèses contemporaines appliquées à ces contrats n'est cependant pas hérétique pour autant. Des auteurs soutiennent en effet que les créances naissent quand même pour le tout au jour du contrat dans les contrats à durée indéterminée, tels Emmanuel Putman, Stéphane Torck ou encore Nicolas Thomassin. Aux problèmes d'ordre théorique et logique s'ajoute l'absence de jurisprudence statuant explicitement sur le cas du contrat à durée indéterminée et permettant de trancher la date de naissance des créances dans ce type de contrat. Certes, la jurisprudence rendue en matière de cautionnement pourrait a contrario s'interpréter dans le sens des thèses contemporaines d'une naissance successive pour la créance de prix dans les contrats à durée indéterminée¹. Mais il sera vu que cette jurisprudence n'est en réalité pas significative et que son explication peut résider ailleurs que dans une naissance successive de la créance². Au contraire, pour les contrats à durée déterminée, une jurisprudence fournie permet de

¹ Cf. infra n°370.

² Cf. infra n°384.

trancher la question de la date de naissance des créances en écartant clairement la naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat¹.

Pour ces raisons, si la réfutation des thèses est aisée pour les contrats à durée déterminée, elle sera plus compliquée dans les contrats à durée indéterminée. Ces derniers nécessitent des développements spécifiques, car l'approche adoptée ne peut être identique pour ce qui les concerne. Sur le terrain d'une certitude permise par le droit positif en matière de contrats à durée déterminée, nous devons nous placer sur celui de l'opinion doctrinale acquise et forgée, mais toujours discutable pour ce qui concerne les contrats à durée indéterminée.

A l'exposé préliminaire des diverses thèses que comporte ce courant doctrinal d'une naissance reportée au stade de l'exécution du contrat (chapitre préliminaire), suivra donc l'argumentation conduisant à leur réfutation, cette argumentation étant spécifique selon qu'il s'agit des contrats à durée déterminée (chapitre 1) ou des contrats à durée indéterminée (chapitre 2).

¹ Cf. infra n°364.

Chapitre préliminaire : L'exposé des thèses en présence

62. Deux remarques préliminaires permettent de mieux cerner le courant doctrinal d'une naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat. Il est intéressant d'observer que ces remarques vont toutes deux dans le sens d'un affaiblissement de ce courant.

D'une part, il existe moins d'auteurs qu'il n'y paraît dans ce courant contemporain d'une naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat. Un relâchement terminologique général conduit à tenir des propos qui pourraient s'interpréter dans le sens d'une adhésion à ce courant alors que tel n'est en réalité pas le cas. Il s'ensuit un phénomène de gonflement fictif de ce courant doctrinal qu'il convient de ramener à sa juste mesure.

D'autre part, les thèses sont plus nombreuses que ce que laisserait paraître leur commune opposition à la thèse classique d'une naissance des créances au jour du contrat. Alors qu'il n'y a qu'une seule thèse classique, il existe une pluralité de thèses contemporaines. Les auteurs ne s'accordent pas sur la date de naissance exacte de la créance de prix et sur le mode de naissance des créances réciproques issues du contrat synallagmatique. Ce caractère équivoque des thèses contemporaines leur donne moins d'emprise, moins de force que la thèse classique univoque quant à elle.

63. Les auteurs partisans d'une thèse reportant la naissance de la créance au stade de l'exécution du contrat sont donc en réalité moins nombreux qu'il pourrait y paraître. Il arrive souvent que **les auteurs relâchent leur précision terminologique quant à la date de naissance de la créance et donnent l'impression d'adhérer à une naissance successive de la créance alors qu'il n'en est rien**. Si un auteur traite du contrat de bail et écrit que la créance de loyers naît de l'occupation, cela ne signifie pas pour autant qu'il pense que la créance de loyers naît au fur et à mesure de l'occupation. L'autant entend simplement expliquer que la créance de loyers constitue la contrepartie de l'occupation octroyée sans pour autant prendre partie sur la date de naissance des créances. C'est donc uniquement lorsqu'un auteur se prononce explicitement sur la date de naissance de la créance que ses propos peuvent être repris à ce titre.

Par exemple, **Demolombe** écrit dans son traité sur les biens que « *la créance des loyers naît à la fin de chaque jour de jouissance* »¹. Malgré tout, il n'est en réalité pas de plus sévère et fervent défenseur de la thèse classique d'une naissance des créances pour le tout au jour du contrat. Mais cela apparaît en un autre endroit de l'œuvre de l'auteur, dans son traité des contrats et des obligations. Après y avoir exposé les thèses d'une naissance successive de la créance de loyer vue comme une créance conditionnelle² ou future³, Demolombe effectue une vive critique de ces « schismes nouveaux »⁴. L'auteur s'explique lui-même de son contresens apparent : « *les anciens et les modernes ont souvent employé, pour qualifier la nature de la créance du locateur, des expressions qui ne sont pas d'une exactitude rigoureuse, et qui ont en effet, fourni des arguments aux*

¹ MOURLON, *Traité de la distinction des biens*, n°277. Murlon s'empresse de citer l'éminent auteur au soutien de sa thèse d'une naissance successive des créances de loyers : « M. Demolombe, dont nous sommes heureux de pouvoir invoquer ici l'autorité, ne s'exprime pas autrement. La créance des loyers naît, dit-il, à la fin de chaque jour de jouissance ».

² MOURLON, *D.* 1865, 1, 201, note. sous cass. 28 mars 1865.

³ THERCELIN, *D.* 1862, 2, 1, note. sous cass. 12 déc. 1861.

⁴ Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 2, 1876, n°581 s.

promoteurs de ces schismes nouveaux, que nous venons de combattre. Il ne nous en coûte pas d'avouer que nous nous servions d'une formule trop peu précise, lorsque nous avons écrit ... que la créance des loyers naît, à la fin de chaque jour de jouissance... Mais nous ne faisons alors que toucher incidemment ce point. Les mêmes formules d'ailleurs se rencontrent dans d'autres ouvrages, sans qu'on soit autorisé à considérer les éminents auteurs, qui s'en servent, comme des partisans du système de la conditionnalité de la créance du bailleur ; et nous voudrions d'autres preuves que celle-là, pour consentir à placer dans leurs rangs M. Valette. Pothier lui-même, d'ailleurs, notre maître aimé, ... n'a-t-il pas appliqué ces expressions à la créance du bailleur ! Et Pothier, certes, ne considérerait pas cette créance comme conditionnelle. Ce sont là seulement des imperfections de forme, dont ... il faut peut-être accuser ... l'indigence de notre langue ! ».

La même remarque peut être étendue à d'autres auteurs, qui pourraient donner l'impression de façon incidente d'être partisans d'une naissance successive de la créance, mais qui ne le sont pas en réalité et ne peuvent par conséquent pas être cités comme tels¹ : Girard², Pothier³, Larombière⁴, Demogue¹, Carbonnier², Jacques Azéma³, ou encore Guillaume Wicker⁴.

¹ C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, th. Dalloz 2003, n°459s., 467 s., citant sans doute un peu trop rapidement ces auteurs au soutien de la thèse d'une naissance successive des créances.

² P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, p. 608, cité par C. RIGALLE-DUMETZ, th. op. cit. n°461. L'auteur énonce effectivement que la créance de loyers « est une créance future qui naît au jour le jour ». Mais Demolombe dénie cette situation en droit romain en exposant que la doctrine classique opposée d'une naissance unique et pour le tout au jour du contrat « est conforme aux traditions les plus constantes du droit romain, et de notre ancien droit français (Ulpien, Pothier, Justinien)... », que « la créance du bailleur pour ses loyers à échoir, a été de tout temps considérée pour ce qu'elle est, en réalité, comme une créance à terme ». Viennent conforter cette idée que la créance n'était pas à naissance successive en droit romain Messieurs Levy et Castaldo qui exposent un problème d'ordre procédural concernant les contrats à exécution successive. Comme l'effet extinctif de la litis contestatio interdisait qu'il y ait deux fois une action en justice sur la même chose, les contrats à exécution successive posaient problème car le créancier ayant agi pour obtenir le paiement d'une échéance ne pouvait plus agir à nouveau pour les échéances suivantes. Et c'est parce que son droit sur les échéances postérieures existait déjà au moment de son action pour paiement des échéances antérieures que le problème survient. Tel n'aurait pas été le cas si la naissance avait été successive, car alors la nouvelle action pour une nouvelle échéance aurait concerné une autre créance et ne se serait pas vu opposé l'effet extinctif de la litis contestatio. Le prêteur trouva par la suite le remède en insérant dans la formule une praescriptio limitant l'objet de chaque procès à la partie échue de la dette. Bien que ce problème fut résolu, il n'en reste pas moins que sa survenance montrait bien que la créance de loyers n'était pas à naissance successive en droit romain (J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz 2010 n°644).

³ R.-J. POTHIER, t. IV Traité du contrat de louage, n°4. Nous avons déjà soulevé que Demolombe contestait que son maître ait pu soutenir que la créance de loyer naissait successivement, ne peut être rattaché aux thèses matérialiste et périodique lorsqu'il se tente à une analogie entre la vente et le louage. L'auteur effectue cette analogie pour démontrer que, comme dans la vente, le prix, le louage doit faire l'objet d'une réfaction lorsque la personne n'a pas reçu toute la jouissance convenue. En effet, il résulte clairement des termes de l'auteur que, si le locataire ne doit pas tout le loyer lorsque toute la jouissance convenue ne lui a pas été octroyée, ce n'est pas du fait d'une absence a priori de naissance de la créance, mais clairement d'une réduction a posteriori de ladite créance. L'auteur traite des différents cas de « remise des loyers pour le tout et pour partie ». Et l'on voit bien qu'il s'agit de réfaction, d'une part du fait de l'analogie de l'auteur avec la vente où la naissance de la créance de prix au jour du contrat avant la livraison de la chose vendue est encore plus évidente, d'autre part car l'auteur place sur un même plan les remises partielles dues à une inexécution tant temporelle que matérielle. Or, pour les cas d'inexécution partielle matérielle où le locataire n'a pas reçu la qualité de jouissance désirée, où le problème n'est pas que la location aurait duré in fine moins de temps que prévue, la réfaction de l'obligation prévue au contrat est également évidente à notre sens.

⁴ L.-V.-L.-J. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 1885, t. 3, art. 1183, n°72 à 75. Si Larombière, au sujet des « contrats successifs » nous parle « d'obligations quotidiennes sans cesse renouvelées » ou encore « des obligations indépendantes les unes des autres, quant à la durée, dans lesquelles ces contrats se décomposent successivement », ce n'est qu'à des fins descriptives imaginées pour décrire lesdits contrats, tout particulièrement la mise en œuvre du mécanisme résolutoire en leur sein. Malgré la lettre l'auteur n'entend pas soutenir la thèse d'une naissance successive des obligations. Pour la première proposition, il oppose ces contrats dits complexes aux simples « qui s'exécutent tout d'un coup », ce qui laisse bien penser que c'est l'exécution des créances qui diffère et non pas leur naissance. Surtout, les passages concernent la résolution du contrat qui vaudrait résiliation pour ce type de contrat. Et les termes employés par l'auteur montrent, comme chez Pothier, que la résiliation, qui ne vaut que pour l'avenir, parfois appelée résolution partielle, se fonde non pas sur une absence de naissance des obligations successives postérieures, mais sur une réfaction de l'obligation initiale qui se trouve réduite pour la part d'exécution postérieure à la résiliation. L'auteur énonce ainsi : « La condition résolutoire... ne réagit pas sur le passé ; elle arrête, elle prévient l'avenir, et n'efface que ce qui s'est accompli plus tard. Or, pour effacer le futur, encore faut-il considérer qu'il existe présentement, que l'obligation qui le concerne soit d'ores et déjà née. Et par opposition aux cas de nullité où, pour l'auteur, la résolution devrait être rétroactive : « Le dol, l'erreur, ... affectant le contrat dans son entier, ne peuvent dès lors se limiter à l'avenir, et se renfermer dans les seuls développements du contrat successif postérieurs à la rescision, à l'annulation prononcée ».

64. Si les auteurs dans le sens d'une naissance successive sont moins nombreux qu'il pourrait y paraître, les thèses qui reportent la naissance de la créance de prix au stade de l'exécution du contrat, à la période postérieure à sa formation, sont quant à elles plus nombreuses qu'il pourrait y paraître. Cette multiplicité semble être passée inaperçue. Elle constitue pourtant un argument théorique de défaveur à leur encontre. Divisées, les thèses d'une naissance de la créance de prix reportée à une période postérieure au jour de la formation du contrat apparaissent a priori moins convaincantes que l'univocité des auteurs partisans de la thèse d'une naissance de la créance au jour de la formation du contrat.

65. Parmi les thèses d'une naissance successive de la créance, il en est une qui peut être immédiatement écartée comme irrecevable. Il s'agit de la thèse qui fait naître la créance de prix en fin de période contractuelle, au jour de la liquidation de cette créance.

Pour Louis-Frédéric Pignare, la dette de prestation caractéristique naît conformément aux principes de la thèse classique au jour du contrat et pour le tout⁵, mais la dette de rémunération naît quant à elle à chaque fin de période contractuelle⁶. Ainsi, dans le contrat de travail par exemple, l'obligation du salarié de fournir sa force de travail naît au jour du contrat et recouvre toute la période d'exécution du contrat, qu'il s'agisse d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée. Mais la créance de salaire naît quant à elle chaque fin de mois, selon la périodicité prévue au contrat et après l'exécution du travail accompli pour cette période.

¹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1925, p. 912 n°917. L'auteur ne sous-entend l'idée d'une pluralité de contrats à l'évidence uniquement pour décrire de façon métaphorique les contrats à exécution échelonnée.

² J. CARBONNIER, *Les obligations*, PUF rééd. 2004, n°1054 p. 2163, cité par C. RIGALLE-DUMETZ au soutien de la thèse d'une naissance successive des obligations, th. op. cit. n°459. L'auteur décrit ces contrats comme faisant « simplement se succéder dans le temps des prestations qui pourraient rationnellement constituer autant de contrats distincts ». Mais l'emploi du conditionnel est révélateur. A contrario, pour l'auteur, il n'y a pas pluralité de contrats et par conséquent de créances comme par exemple pour Georges Brière de l'Isle. Surtout, l'auteur ne manque pas immédiatement de préciser que, cependant, ces contrats à exécution successive « *sont considérés comme faisant un tout en raison de l'unité de l'acte originaire* ». Et pour conforter l'idée que l'auteur ne peut être de façon certaine enrôlé parmi les partisans des thèses matérialiste et périodique, on peut relever qu'il expose également que le contrat à exécution successive crée un « véritable rapport permanent d'obligation. Il existe une continuation de contrat, sans intervalle » (Ibid n°256).

³ J. AZÉMA, *Les contrats successifs*, th. 1969 spéc. n°4 et 5. Malgré le titre de sa thèse, « les contrats successifs », ne soutient pas comme Brière de L'Isle que les contrats à exécution successive constituent une pluralité de contrats, le titre n'est qu'une ellipse qui désigne bien les contrats à exécution successive. L'auteur n'aborde pas plus la date de naissance des créances. Ceci s'explique par la délimitation du sujet qu'entend traiter l'auteur, la mesure de la durée du contrat uniquement à l'exclusion de toutes les autres problématiques inhérentes à cette durée. La thèse de l'auteur est exclusivement axée sur la rupture unilatérale et la survenance du terme sans qu'il soit question des obligations issues du contrat et de leur date de naissance.

⁴ G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. LGDJ 1997. L'auteur crée le concept d'obligation imparfaite dans sa thèse sur les fictions juridiques. Si l'obligation imparfaite qui existerait en l'attente de réalisation de la cause de l'obligation pourrait coller au cas des contrats à exécution successive, et plus généralement d'ailleurs au cas de tout contrat synallagmatique, il nous semble important de souligner que l'auteur n'utilise pas son concept pour ce cas et qu'il se trouve d'ailleurs être davantage partisan de la thèse classique d'une naissance pour le tout au jour du contrat. L'auteur n'utilise son concept que pour expliquer les phénomènes de l'offre et des promesses unilatérales (n°165). Surtout, l'auteur présente adroitement la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de l'anc. art. 40 rendu en droit des entreprises en difficultés comme étant une exception à la naissance normale des créances, une exception où le législateur aurait ajouter une condition pour que la créance puisse être considérée comme née, l'exécution de la contreprestation (n°269). Il s'ensuit que, a contrario, hors le cas de cette exception légale et pour l'auteur, la créance est pleinement née dès avant l'exécution de la contreprestation.

⁵ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé*, th. LGDJ 2010 n°312.

⁶ Ibid n°270 : « *Il (le bailleur) le deviendra (créancier) au fur et à mesure de l'écoulement du temps, en fonction de la périodicité prévue par les parties* ». N°273 : « *ce n'est pas tant l'exigibilité des créances monétaires qui est différée dans le temps, mais leur naissance même* ».

Messieurs Ghestin, Billiau et Loiseau¹ vont également dans ce sens dans leur traité du régime des créances et des dettes. Les auteurs soutiennent que les créances contractuelles naissent du jour où la quotité de l'obligation est constatée, ce qui correspond généralement à la fin de période. Les auteurs donnent l'exemple du contrat de téléphonie mobile où la consommation n'est connue qu'en fin de période et où dès lors le montant à payer ne peut être connu qu'à ce stade.

Ces thèses sont à l'évidence erronées si l'on s'interroge sur la période intercalaire où la prestation est exécutée, mais où la dette de prix n'existerait pas encore. Si le contrat prend fin avant la fin de la période ou si le client décède avant la fin de la période, alors aucune créance de prix n'est née, aucune créance de prix n'est due. C'est à cette solution que conduit cette thèse prise au pied de la lettre. La période partiellement exécutée ne reçoit pas de prix en contrepartie puisque la créance de prix n'a pu naître. Il nous semble qu'il y a là confusion entre naissance de la créance et liquidité de la créance.

Bien qu'erronées, ces thèses permettent de mettre en évidence un point important. **L'absence de liquidité de l'obligation engendre une réticence à reconnaître son existence.** Peut-être s'agit-il ici d'une influence du sens commun de la créance, une somme d'argent fixée dans son montant. Il est possible tout de même de s'interroger

Les autres thèses nécessitent un examen plus approfondi. Elles peuvent être regroupées en deux catégories. La thèse matérialiste fait naître la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation (section 1), tandis que la thèse périodique fait renaître la créance de prix à chaque début de période contractuelle (section 2). Mais diverses déclinaisons peuvent dans les deux cas être observées.

Section 1 : La thèse matérialiste d'une naissance continue de la créance de prix

66. La thèse matérialiste se fonde sur la jurisprudence rendue en droit des procédures collectives pour déterminer les créanciers bénéficiant du traitement prioritaire de l'ancien article 40 (§1). Mais la jurisprudence ne se préoccupe pas de la date de naissance de la créance de prestation. Il s'ensuit que plusieurs déclinaisons sont adoptées par la doctrine suivant le mode de naissance proposé pour cette dernière (§2).

§1 : Une thèse fondée sur la jurisprudence du privilège de procédure

67. À l'exposé de la naissance matérialiste de la créance de prix adoptée en droit des entreprises en difficulté (A) suivra son appréciation critique (B).

¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU, et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Traité LGDJ 2005 n°56.

A. Exposé de la naissance matérialiste

68. Avec la naissance matérialiste, la créance de prix naît de l'exécution de la contreprestation. Elle tire son nom du fait générateur de la créance, le réel, le matériellement exécuté, la prestation caractéristique dont l'exécution ne peut véritablement être effacée. C'est la thèse qui trouve le plus d'assise en droit positif car elle comporte nombre d'arrêts rendus en droit des entreprises en difficulté.

Dans un récent arrêt du 27 septembre 2011, la chambre commerciale de la Cour de cassation consacre expressément l'analyse qui pouvait être faite auparavant de sa jurisprudence. Auparavant, elle se référait expressément à l'exécution de la contreprestation, mais elle ne consacrait pas in abstracto une naissance de la créance de prix au jour de l'exécution de la prestation caractéristique. C'est ce qu'elle fait dans cet arrêt : *« Mais attendu, d'une part, que la date d'exigibilité de la commission ne se confond pas avec la date du fait générateur de la créance, qu'en conséquence la créance d'honoraires de résultat ne naît pas à la date du paiement, mais à celle de l'exécution de la prestation caractéristique »*¹.

Dans la jurisprudence antérieure, peut être par exemple cité un arrêt du 2 octobre 2001 concernant les honoraires d'un commissaire aux comptes, où l'arrêt d'appel est censuré pour ne pas avoir *« distingué, pour déterminer la date à laquelle était née la créance d'honoraires du commissaire aux comptes, les prestations accomplies antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective et celles accomplies postérieurement »*².

Comme l'a remarqué Martine Behar-Touchais³, il semble que cette thèse ait été consacrée légalement par la réforme du 26 juillet 2005 du droit des entreprises en difficulté car l'article L. 622-17 du Code de commerce énonce que le privilège de procédure bénéficie notamment aux *« créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture (...) en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période »*.

69. Dans ce courant jurisprudentiel, la créance de prix naît de façon continue au fur et à mesure de l'exécution de la prestation, elle ne naît pas aux termes d'exigibilité.

Certains arrêts ventilent les créances antérieures et postérieures en se basant sur l'échéance qui n'est autre que la date d'exigibilité de la créance⁴. Ainsi, les expressions *« loyers échus postérieurement*

¹ Com. 27 sept. 2011, n°10-21277, P, D. 2011, 2398 A. LIENHARD, *Act. Proc. Coll.* 2011, n°264, note P. CAGNOLI, *RLDC* 2011, 88, n°4463, obs. J.-J. ANSAULT.

² Com. 2 octobre 2001, n°98-22493, P, D. 2001, p. 800, note F. DERRIDA, *D.* 2001, 3118, obs. A. LIENHARD, *Bull. Joly Stés*, janv. 2002 p. 39, D. Vidal, *JCP G* 1999, I n°177, p. 1929, obs. P. PÉTEL, *JCP E* 2002, p. 181, note F. Pasqualini. De même, pour un expert judiciaire, com. 14 mars 1995 n°92-20228, P.

³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in *Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances*, LPA, 9 nov. 2004 n°224 p. 41.

⁴ Cette confusion pousse parfois la Cour de cassation à écrire une chose et son contraire dans le même attendu, Com. 2 mars 1999, n°96-19743, inédit, LPA 2000, n°22, p. 21, note Ch. GALLET, *Rev. Proc. Coll.* 2000, p. 128, note F. MACORIG-VERNIER : *« Mais attendu, d'une part, qu'il résulte de la combinaison des articles 47, alinéa 1er, et 37, alinéa 1er, de la loi du 25 janvier 1985 qu'un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture ne peut exercer d'action en résolution ou tendant à faire constater l'acquisition d'une clause résolutoire pour défaut de paiement d'une somme d'argent que s'il s'agit de sommes échues après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire du débiteur et qui sont dues en vertu d'un contrat en cours au sens de l'article 37 de la loi précitée ; que la créance des époux A... pour les arrérages échus antérieurement et postérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire de Mme Y... ayant son origine dans le contrat de vente conclu antérieurement et celui-ci n'étant plus en cours au sens du texte précité, dès lors que le transfert de*

au prononcé du redressement judiciaire »¹ ou « loyers dus postérieurement au jugement d'ouverture »² renvoient de toute évidence à la date d'échéance des loyers. Et la doctrine suit ce mouvement. Ainsi, pour Marie-Pierre Dumont Lefrand, « il est bien évident que les créances de loyers échus pendant la période d'observation seront toujours des créances postérieures visées par le privilège de l'art. L. 622-17 »³.

Mais il est des arrêts qui tranchent clairement l'hésitation entre l'exécution de la prestation et la date d'exigibilité pour systématiquement choisir la première et exclure la seconde. Les solutions précitées ne proviennent donc que d'un **relâchement terminologique**⁴ qui peut se retrouver lorsque le différentiel entre les deux dates ne représente pas un enjeu financier important. Lorsque celui-ci est important, les parties ne manquent pas d'exiger une ventilation de l'échéance entre le prix de l'exécution postérieure privilégiée et le prix de l'exécution antérieure qui ne l'est pas. Tel était le cas dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 mai 2002 où il s'agissait du crédit-bail de biens immobiliers aux redevances semestrielles s'élevant à 800.000 F environ. L'ouverture de la procédure était intervenue en milieu de période et le mandataire avait payé intégralement la redevance arrivée à échéance après le jugement d'ouverture, mais afférent pour moitié à une période antérieure à celui-ci. Le représentant des créanciers avait demandé le remboursement de cette portion de redevance afférente à une période antérieure au redressement judiciaire. Faisant application de la thèse périodique d'une renaissance successive aux dates d'échéances, la cour d'appel l'avait débouté au motif que, « si le contrat est stipulé à terme échu, l'administrateur doit payer l'intégralité de l'échéance bien que le redressement judiciaire ait pu intervenir au cours de la période afférente à cette échéance ». L'arrêt est cassé au visa des articles 37, 40 et 50 de la Loi de 1985, la cour consacre ainsi la thèse matérialiste et rejette explicitement la date de l'exigibilité : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la redevance prévue par un contrat à exécution successive poursuivi par l'administrateur est une créance de la procédure pour la prestation afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture et constitue une créance née antérieurement au jugement d'ouverture pour la prestation afférente à la période antérieure à ce jugement et soumise à déclaration au passif, peu important la date à laquelle la redevance est devenue exigible, la cour d'appel a violé les textes susvisés »⁵.

propriété de l'immeuble vendu s'était, en l'espèce, réalisé à compter du 1er décembre 1988, la résolution du contrat de vente pour non-paiement de ces arrérages ne pouvait qu'être écartée à défaut de constatation de la mise en œuvre de la clause résolutoire par une décision passée en force de chose jugée avant le jugement d'ouverture ».

¹ Com. 9 avr. 1991, n°89-16742, P, D. 1993, 10, F. DERRIDA.

² Com. 27 oct. 1998, n°95-21286, P.

³ M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Rép. civ. D.*, « Baux commerciaux », oct. 2013, n°337.

⁴ Pour un exemple de relâchement terminologique flagrant, com. 3 avr. 2001, n°98-13657, P, D. 2001, 1467, obs. A. LIENHARD. Il s'agissait d'un bail immobilier, les protagonistes avaient d'eux-mêmes appliqué la thèse matérialiste. La contestation portait sur le bénéfice du privilège de procédure, mais pour des raisons autres que la date de naissance de la créance, pour des raisons qui ne nous intéressent pas ici. Toujours est-il que la Cour n'a alors pas à focaliser son attention sur la date de naissance de la créance. Son relâchement terminologique dans le rappel des principes applicables en matière de privilège de procédure est dès lors intéressant. Elle se réfère à la thèse matérialiste dans l'attendu de rejet du premier moyen : « des loyers afférents à la période allant de... constituent des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture ». Mais elle se réfère ensuite à la thèse périodique dans son rejet du second moyen : « le titulaire d'une créance de l'article 40... peut exercer librement son droit de poursuite individuelle pour obtenir le paiement des créances échues... ».

⁵ Com. 28 mai 2002, n°99-12275, P, LPA 2002, n°253, p. 18, note J.-L. COURTIER, D. 2002, 2124, A. LIENHARD, JCP. G 2003, II n°113 p. 348, obs. P. PÉTEL, RTD com. 2002, 724, A. MARTIN-SERF. Dans le même sens, com. 6 janv. 1998 n°95-15407 P, JCP E 1998 I p. 654, note M. CABRILLAC, RTD civ. 1998, 368, obs. J. MESTRE, dans le cadre d'un plan de cession, cession judiciaire forcée d'un contrat de crédit-bail, la Cour autorise le crédit-bailleur à agir contre le cessionnaire pour obtenir paiement de la période postérieure à la cession, alors même que l'exigibilité était antérieure car le paiement était stipulé à termes à échoir, elle énonce en chapeau que « le cessionnaire est tenu des créances correspondant à la période de jouissance postérieure à la date ainsi fixée, peu important l'exigibilité de ces créances, antérieure à cette date ». Voir également dans le

De même, dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 janvier 2010¹, il s'agissait d'un contrat de crédit-bail souscrit avant et poursuivi après le jugement d'ouverture de la procédure collective. La cour d'appel avait débouté le crédit-bailleur de sa demande en paiement au motif que le contrat avait été souscrit antérieurement, sous-entendant par là que la créance de loyer était née au seul jour du contrat pour tous les termes à échoir. L'arrêt est cassé pour violation de l'art. L. 621-32 car « *la créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constituait une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, qui n'était pas soumise à l'obligation de déclaration, et ne pouvait donc être éteinte* ». La doctrine approuve cette solution².

Au surplus, nombre de décisions, sans trancher la question, se réfèrent terminologiquement « *aux loyers afférents à la période* »³ de redressement judiciaire pour déterminer les « *créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture* » devant bénéficier du privilège de l'art. L. 622-17 du Code de commerce. Des arrêts encore plus précis énoncent que « *les loyers dus... en contrepartie de la jouissance des véhicules pendant la période considérée constituaient une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture* »⁴. Il en va de même pour les créances de salaires qui naissent au fur et à mesure du travail effectué, ainsi que les créances légales qui leurs sont

même sens, tranchant entre exigibilité et exécution de la contreprestation, com. 27 févr. 2007 n°05-19619, inédit, *Bull. Joly* 2007 p. 833, com.8 janv. 2008 n°07-16688, inédit, FD, pour la ventilation de la créance de prime d'assurance, ou encore com. 15 oct. 2002, n°99-18914, inédit, *Loyers et copr.* 2002, n°285, Ph.-H. BRAULT.

¹ Com. 12 janv. 2010 n°08-21456, P, D. 2010, 1820, F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE, *Rev. proc. coll.* 2010, p. 52, comm. F. PÉROCHON, *Rev. proc. coll.* 2012, p. 72, note C. SAINT-ALARY-HOUIN. Dans le même sens, via une compensation, com. 20 mars 2001 n°98-14124, P, D. 2001, 1391, A. LIENHARD, *JCP G* 2001 I 360 p. 2041, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *JCP E* 2002 n°224, M. KÉITA, *RTD com.* 2001, 765, obs. A.-L. MARTIN-SERF, la créance de restitution du dépôt de garantie se compense avec les seuls loyers correspondant à la période postérieure au jugement d'ouverture car elle est exigible en vertu du privilège de procédure, tandis que la créance correspondant à la période antérieure ne l'est plus en vertu de la suspension des poursuites. L'échéance est donc elle-même ventilée, mais elle n'est pas utilisée. Voir également com. 18 sept. 2007, n°05-14618, P, où, dans le cadre du transfert des contrats de travail avec un fonds de commerce, le nouvel employeur avait été contraint de payer les salariés pour des créances exigibles après le transfert, mais avait pu poursuivre l'employeur initial car celui-ci avait présidé à la naissance desdites créances et devait dès lors rembourser « *la part correspondant au temps pendant lequel les salariés ont été* » à son service. Encore, com. 14 oct. 1997, n°95-10418, inédit, où la Cour se réfère aux « *prestations fournies* » pour identifier la « *créance antérieure* ». Com. 17 nov. 2009 n°08-19537, F P+B, *Resp. civ. et assur.* 2010, comm. 57, note F. LEDUC, *Rev. proc. coll.* 2010, p. 51, note Ph. ROUSSEL-GALLE, où la Cour approuve les juges du fond d'avoir ventilé une échéance de prime d'assurance, « *fraction de primes relative à la période postérieure* » ayant été payée par le liquidateur.

² F. DERRIDA, note sous Com. 9 avr. 1991, P, D. 1993, 10, où l'auteur rappelle qu'il ne faut pas confondre naissance et exigibilité de la créance, mais applique maladroitement cette distinction à la qualification de contrat en cours, au demeurant sans distinguer selon qu'il s'agit ou non de la prestation caractéristique. En l'espèce, effectivement la dette était antérieure et les échéances postérieures ne constituaient pas des naissances successives de créances mais des dates successives de remboursement du prix de l'immeuble transféré. Cependant, c'est parce que la propriété de l'immeuble avait été transférée avant l'ouverture de la procédure que le contrat n'était plus en cours. Il l'aurait été si cette propriété avait été retardée au complet paiement du prix car alors la prestation caractéristique du contrat n'aurait pas été épuisée au jour de l'ouverture de la procédure, alors même que cela n'aurait rien changé à la nature des échéances postérieures du remboursement du prix, dates d'exigibilité et non pas de naissance.

³ Com. 3 avr. 2001 n°98-13657, inédit, D. 2001, 1467, A. LIENHARD. Dans le même sens, com. 3 avr. 1990, n°88-19807, P : « *les factures de loyers afférentes à la période... correspondent à une créance... née postérieurement au jugement arrêtant le plan de continuation et antérieurement à l'ouverture du second redressement judiciaire* ». La cour de cassation utilise cette fois-ci cette date de naissance pour déterminer les créances qui ne bénéficient pas du privilège de procédure en ce qu'elles se situent dans une période intercalaire, entre deux procédures collectives successives.

⁴ Com. 16 oct. 1990 n°89-12930, P. Idem, Com. 12 janv. 2010 n°08-21456, P, D. 2010, 1820, F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE, *Rev. proc. coll.* 2010, p. 52, F. PÉROCHON, *Rev. proc. coll.* 2012, p. 72, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *la créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constituait une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, qui n'était pas soumise à l'obligation de déclaration* ». Cassation de l'arrêt d'appel qui avait fixé la naissance de la créance d'échéances de crédit-bail, tant échues qu'à échoir, au jour du contrat. L'enjeu résidait dans les conséquences d'une déclaration de créance irrégulière car effectuée par une personne ne disposant pas d'un pouvoir spécial ; la cour d'appel avait déduit l'extinction de la créance en relevant qu'elle aurait dû être déclarée, ce pourquoi elle doit au passage soulever que la créance dont il s'agit est bien une créance antérieure soumise à l'obligation de déclaration. L'arrêt est cassé car il s'agissait d'une créance postérieure non soumise à déclaration, pour laquelle le caractère irrégulier de la déclaration n'emportait aucun effet.

accessoires, que ce soit les indemnités de congés payés¹ versées lorsque le salarié prend lesdits congés pour lui assurer un salaire durant ses vacances, ou encore les créances de cotisations sociales recouvrées par l'URSSAF. Peu importe les dates de déclaration, d'exigibilité ou de paiement desdites créances, les « *salaires perçus pour une période de travail antérieure à l'ouverture de la procédure collective... {constituent} une créance... née antérieurement au jugement d'ouverture* »².

Enfin, la loi elle-même a fait ce choix entre exécution de la contreprestation et exigibilité au sujet du bail commercial qui fait l'objet de dispositions textuelles spécifiques. L'art. 38 de la loi du 25 janvier 1985 disposait originellement que « *Le bailleur ne peut introduire ou poursuivre une action en résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise pour défaut de paiement des loyers que s'il s'agit des loyers échus depuis plus de trois mois après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire* ». Il s'ensuivait que la jurisprudence appliquait la date d'échéance et non pas la date d'exécution de la prestation. Suite à cela, la réforme de 1994 est venue modifier le texte qui dispose depuis qu'à « *compter du jugement d'ouverture, le bailleur peut demander la résiliation judiciaire ou la résiliation de plein droit du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise pour défaut de paiement des loyers et des charges afférents à une occupation postérieure audit jugement. Cette action ne peut être introduite moins de deux mois après le jugement d'ouverture* »³. Entre les dates d'exigibilité et la date d'exécution de la prestation, le législateur a donc fait son choix pour la date d'exécution de la contreprestation.

B. Critique de la naissance matérialiste

70. Le reproche le plus souvent soulevé par les partisans de la thèse d'une naissance au jour du contrat réside dans l'absence de fondement et d'explication juridique à l'ordre des naissances que sous-tend la thèse matérialiste⁴ : la naissance de la créance de prestation avant la créance de prix. Rien ne permet d'expliquer cette hiérarchie, cet ordre des naissances que crée la thèse matérialiste. Reprenant cette critique Pierre Crocq écrit que « *La référence à l'exécution et non pas au contrat pour justifier la naissance des obligations fait ainsi naître un cercle vicieux dont on ne peut sortir* »,

¹ Com. 19 mai 1992 n°90-17425, P, et Com. 20 févr. 1990 n°88-17200, P. Bien que les congés aient été pris après l'ouverture de la procédure collective, le droit auxdits congés, et par conséquent à l'indemnité substitut du salaire durant les vacances, avait été acquis, était né au fur et à mesure du travail accompli antérieurement à l'ouverture de la procédure, « se rapportaient à un travail accompli antérieurement au prononcé du redressement ». Par un *obiter dicta*, la cour remarque qu'il s'agit ici des indemnités de congés payés « *hors tout licenciement* », concernant les « *salariés qui avaient pris leurs congés* ». A contrario, cela signifie que, si l'indemnité de congés payés naît bien au fur et à mesure du travail accompli et ouvrant droit auxdits congés payés, il n'en va pas de même de l'indemnité compensatrice de congés payés qui naît quant à elle à la date du licenciement et qui indemnise les congés qui n'ont pu être pris du fait du licenciement.

² Com. 8 nov. 2008, n°87-11158, P, l'arrêt confirme que les dispositions sur l'exigibilité des cotisations ne peuvent prévaloir sur la loi de 1985, mais c'est là confondre exigibilité et naissance de la créance puisque la loi de 1985 ne vise que la naissance nonobstant la date d'exigibilité. Au demeurant, on remarque qu'en matière de salaire la date de paiement s'identifie à la date d'exigibilité dans ces arrêts, signe que la date de perception peut constituer une approximation de la date d'exigibilité qui constitue elle-même une approximation de la date de naissance de la créance économique. Cela est sans aucun doute dû au fait qu'en pratique les salaires sont payés par virement bancaire à leur date d'exigibilité si bien qu'il n'y a généralement pour ainsi dire pas de décalage pratique entre exigibilité et paiement.

En des termes identiques, se référant à la période de travail, nonobstant la date de paiement, pour fixer la date de naissance des créances de cotisations sociales de l'URSSAF : com. 19 mars 1991, 3 arrêts, n°89-20572, P, n°89-14451, inédit, n°89-10279, P, et com. 20 oct. 1992 n°89-18523, P.

³ Art. L. 622-14 du Code de commerce, anc. art. L. 621-29.

⁴ S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », in *Colloque sur la date de naissance des créances*, LPA 9 nov. 2004, n°224, p. 25.

et l'auteur en conclut que « *la naissance échelonnée dans le temps des obligations n'est donc admissible que si on la fait reposer non pas sur l'exécution du contrat..., mais sur les prévisions des parties..., ce qui revient à les faire naître lors de leurs échéances successives* »¹.

À défaut de fondement, nous pouvons proposer une clarification. Il nous semble que la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure ne cherche pas à créer un ordre des naissances. Elle omet ou élude l'existence de la créance de prestation caractéristique. Elle réduit le contrat à un fait juridique, l'exécution de la prestation caractéristique, qu'elle prend comme fait générateur de la créance de prix. Moins qu'un ordre des naissances, c'est plus un oubli de la créance de prestation caractéristique. Il s'agit là d'une différence fondamentale par rapport à la thèse périodique qui sera expliquée plus loin.

Il est une critique envisageable qui semble être passée inaperçue, celle fondée sur la créance d'intérêts. Les intérêts constituent le loyer de l'argent. Ils sont dus tant que la jouissance de l'argent est octroyée. En cas de rupture anticipée du contrat de prêt, il y a réfaction de la créance d'intérêts, les intérêts postérieurs ne sont plus dus. Au lieu d'une réfaction, il pourrait y être vu une absence de naissance de la créance d'intérêts postérieurs et donc une naissance de la créance d'intérêts au fur et à mesure de la jouissance des fonds. Cette solution serait logique en droit des entreprises en difficulté car c'est bien la solution adoptée au sujet des loyers et de tout contrat à exécution successive, une naissance au fur et à mesure de l'occupation des locaux, au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation.

Il n'en est rien. La jurisprudence traite de façon identique à la créance de remboursement des fonds prêtés. Ainsi, au regard du privilège de procédure de l'ancien article 40, la créance d'intérêt, contre toute attente, ne naît pas au fur et à mesure de la jouissance des fonds octroyée, elle naît une et unique au jour de la remise des fonds prêtés. Les intérêts postérieurs constituent une créance antérieure². Est-ce là une anomalie, un oubli, ou le caractère accessoire³ de la créance d'intérêt qui prend le dessus ? Mais le caractère accessoire ne peut rien changer à la date de naissance d'une créance. N'est-ce pas là le signe qu'il ne s'agit peut-être pas réellement en la matière de la date de naissance d'une créance, à tout le moins de la date de naissance au sens où elle est habituellement entendue ou de la créance au sens habituel du terme. Il sera vu que d'autres points confortent ce

¹ P. CROCO, « L'avenir de la cession Dailly ayant pour objet une créance née d'un contrat à exécution successive », *RTD civ.* 2003 p. 331.

² Com. 13 avr. 1999, n°97-11383, P, D. 2000, 257, P. LIPINSKI, D. *aff.* 1999, A. LIENHARD, *Déf.* 1999, art. 37029, n°9, p. 870, J.-P. SÉNÉCHAL, *JCP G* 1999 I, p. 177, n°11, M. CABRILLAC, dans le cadre d'un plan de cession incorporant le matériel nanti pour lequel un prêt avait été contracté, le cessionnaire est tenu de payer les échéances postérieures et la caution du failli demeure tenue de ces mêmes échéances car, si le cessionnaire est dorénavant tenu de rembourser les échéances postérieures, la caution du failli reste tenue de ces mêmes échéances, de « l'intégralité de l'emprunt dont les échéances constituent des créances nées avant l'ouverture de la procédure collective ». Dans le même sens exactement, com. 12 oct. 1993, n°91-17128, P, D. 2000, 257, P. LIPINSKI, D. *aff.* 1999, 801, A. LIENHARD, *Déf.* 1999, art. 37023, n°9, p. 870, J.-P. SÉNÉCHAL, *JCP G* 1999, I, p. 177, n°11, M. CABRILLAC, *RTD com.* 1999, p. 964, n°4, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *RTD com.* 2000, p. 177, A. MARTIN-SERF, com. 14 févr. 1995, n°93-11030, inédit, com. 14 juin 1994, n°92-13101, inédit. La remarque ne vaut pas que pour le droit des entreprises en difficulté, elle s'étend au droit des régimes matrimoniaux où les échéances postérieures à la dissolution du mariage d'un prêt commun demeurent communes, sans qu'il soit fait de distinction entre le remboursement du capital et le montant des intérêts : civ. 1, 27 juin 1984, n°83-12423, P. Sans doute aucun plaideur ne s'est aventuré à exiger pareille ventilation qui pourrait s'imposer malgré tout (cf. infra n°1025 et s.).

³ Pourtant les intérêts devraient être traités avec davantage de considération comme l'a clairement montré Alain Bénabent (A. BÉNABENT, « Le désintérêt des intérêts », *Mél. J. GHESTIN*, LGDJ 2000, p. 113).

sentiment qui restera en l'état pour le moment mais que nous voulions tout de même faire naître immédiatement.

71. C'est davantage du point de vue du **concept de créance** que nous formulerons des critiques ou des observations qui peuvent en faire office. Le **mode de naissance** que prône cette thèse n'est pas conforme à la nature de la créance, un lien et un bien. Vivace, le concept naît, vit et meurt. La naissance se veut davantage un événement de l'instant, il ne se prête pas facilement à la continuité. Or, c'est pourtant le mode de naissance dont il est question ici, une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation face à une naissance continue. On se demande s'il y a plusieurs créances ou une seule. S'il y a eu plusieurs, combien y en a-t-il ? Une infinité a priori. Dans sa thèse, Catherine Golhen prône un tel mode de naissance et explique qu'il en naît un nombre infini¹. Cette affirmation laisse une impression de malaise car on se demande tout de même si cela a véritablement un sens qu'il y ait **un nombre infini de créances**. Il est possible de répliquer que cette sensation de malaise ne vaut que pour les contrats à exécution continue et non pas pour les contrats à exécution échelonnée. Mais cela dépend en réalité des prestations fournies dans le contrat échelonné. Si ces prestations, bien que successives, sont amenées à durer, alors le même problème surgit. Le problème d'un nombre infini de créances apparaît chaque fois que l'exécution d'une prestation nécessite du temps, ce qui est généralement le cas de toute obligation de faire. Comme le temps se divise à l'infini, il naît un nombre infini de créances de rémunérations pendant que la prestation est exécutée.

Si l'on peut comprendre quelque part l'idée d'une naissance au fur et mesure de l'exécution de la prestation, il est plus difficile d'admettre la naissance d'un nombre infini de créances. Autrement dit, on comprend bien l'idée, mais elle ne correspond pourtant pas bien avec l'essence et la nature du concept de créance.

72. Enfin, point généralement éludé, contrairement à la thèse périodique, la thèse matérialiste ne touche pas que les contrats à exécution successive, elle concerne également les contrats à naissance instantanée et notamment la vente. La créance de prix de vente naît alors de la livraison. Or, si la doctrine se prête facilement à la controverse pour ce qui concerne les contrats à exécution successive, rien n'est dit sur la vente. La raison en est que dans la vente le prix naît du contrat et non pas de la livraison de la chose. Il est intéressant de remarquer que la thèse matérialiste porte en elle une solution à l'évidence contraire au droit commun. Cette remarque irait dans le sens des partisans adverses de la thèse d'une naissance des créances au jour du contrat qui voient dans la thèse matérialiste du droit des entreprises en difficulté une fiction juridique. Nous verrons que cette fiction peut être dépassée². Cette critique de la vente ne se retrouve pas dans la thèse périodique qui ne concerne que les contrats à exécution successive.

¹ C. GOLHEN, « Les contrats dits à exécution successive, Réflexion sur la date de naissance des obligations », th. 2006.

² Cf. infra n°536 et s.

§2 : Une thèse déclinée par la doctrine

73. La naissance de la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la prestation, naissance matérialiste de la créance de prix, constitue le point commun de toutes les thèses matérialistes qui reposent sur la jurisprudence précitée rendue en droit des entreprises en difficulté. Mais la thèse matérialiste se décline ensuite selon les schémas de naissance proposés par les auteurs pour la créance de prestation éludée par la jurisprudence. Deux catégories de thèses peuvent se distinguer, l'une inconcevable, celle d'une naissance continue de la créance de prestation (A), les autres concevables, celles d'une naissance ou d'une renaissance cyclique instantanée de la créance de prestation (B).

A. Les thèses inconcevables d'une naissance continue de la créance de prestation

74. Thiercelin¹ écrivait ainsi en 1862 que *« nous ne saurions considérer comme une créance à terme le prix d'une obligation que le bailleur n'a pas encore accomplie, et qu'il ne pourra peut-être pas accomplir ; car si la chose vient à périr par cas fortuit ou force majeure, d'après l'art. 1722, le bail est résilié de plein droit, ou plutôt le contrat cesse faute d'objet »*. À partir de cette remarque, l'auteur expose que l'obligation à terme est celle dont on est d'ores et déjà certain qu'elle s'exécutera, ce qui n'est pas le cas de la créance de loyers, raison pour laquelle cette créance ne peut être considérée comme une créance déjà née et à terme et doit être considérée comme une créance éventuelle qui n'est pas encore née.

L'argumentation se retrouve sous la plume de Mourlon² en 1865 : *« Il n'y a là véritablement qu'une équivoque qu'explique la pauvreté de notre langue. Qu'on dise que l'obligation du locateur existe dès l'instant du bail, nous le voulons bien ; mais existe-t-elle dès à présent comme obligation certaine ? Nous ne saurions l'accorder. Elle existe, mais comme obligation conditionnelle. Le locateur n'a pas pu, en effet, dire : Je vous promets de vous procurer, quoi qu'il arrive, la jouissance de la chose louée. On ne promet pas l'impossible, et ce serait le promettre que s'engager à procurer à quelqu'un la jouissance d'une chose, même au cas où cette chose viendrait à périr. Sa promesse est tout autre. Si, dit-il implicitement, les événements de l'avenir n'y font point obstacle, je vous procurerai la jouissance de la chose louée. Or, si son obligation est subordonnée aux événements de l'avenir, elle est forcément conditionnelle. Si elle est conditionnelle, celle du locataire l'est forcément aussi »*.

L'argumentation fut reprise au début du 20^{ème} siècle par Berthaux³ dans sa thèse sur les garanties du bailleur de locaux affectés : *« Peut-on nier que la jouissance de l'objet loué soit une chose future et incertaine ? Le bon sens s'y refuse : On nous dit que l'obligation est née dès le contrat ; sans doute, mais elle est née en tant qu'obligation conditionnelle. On ne peut pas aujourd'hui disposer du lendemain et on n'est pas sûr qu'on le pourra »*.

¹ THIERCELIN, D. 1862, 2, 1, note. sous cass. 12 déc. 1861.

² MOURLON, D. 1865, 1, 201, note. sous cass. 28 mars 1865.

³ C. BERTAUX, *Des garanties du bailleur de locaux affectés au Commerce pour le paiement de ses loyers (en présence de la Loi du 17 mars 1909)*, th. 1914, p. 14 et s., spéc. p. 22.

75. Une telle argumentation ne peut qu'être critiquée, qu'elle aille sur le terrain de la nature d'une créance éventuelle ou sur celui d'une créance conditionnelle. En effet, de tels propos conduisent inmanquablement à faire renaître toutes les créances à chaque instant du fait de la non survenance d'un cas de force majeure. En outre une telle argumentation est extensible à tout contrat synallagmatique à titre onéreux : les créances de prix ne peuvent naître que de l'exécution de la prestation car, avant cette exécution, il n'y a aucune certitude puisqu'un cas de force majeure peut venir faire obstacle à cette exécution. L'argumentation frôle le ridicule pour les contrats à exécution successive continue puisque ce mode de naissance touche alors également la créance de prestation, l'obligation de jouissance « renaît chaque jour »¹ ou plutôt de façon « permanente »² de la non survenance d'un cas de force majeure venant faire obstacle à son exécution. Autrement dit, la créance naît au fur et à mesure qu'elle s'exécute, c'est-à-dire au fur et à mesure qu'elle s'éteint. La confusion entre naissance et exécution est ici flagrante.

76. Au-delà, l'argumentation précitée de Berthaux comporte une double négation de la nature, de l'essence du droit de créance.

En premier lieu, disposer du lendemain constitue la fonction, la raison d'être des obligations. Cette raison d'être des obligations est par ailleurs doublée par leur nature contractuelle. En effet, le contrat a pour fonction de permettre aux parties de marquer leur emprise sur le futur, de régir celui-ci selon leurs désirs présents, ceux au jour de la formation du contrat. C'est pourquoi les parties ne peuvent par la suite modifier unilatéralement le contrat du fait d'une disparition de leur consentement, d'un changement d'avis au cours de la vie du contrat. **Régir le futur** est également de l'essence de l'obligation, une promesse d'exécuter dont la protection par l'ordonnancement juridique implique l'existence présente d'une valeur économique. L'appréhension du futur se trouve dans l'étymologie même du mot « créance », le crédit, la confiance en l'exécution future, dans le paiement futur. Appréhender le futur participe donc de l'essence du concept même d'obligation, a fortiori de l'obligation contractuelle. Pour cette raison, Dimitri Houtcieff³ écrit au sujet des thèses matérialiste et périodique qui repoussent la naissance de la créance au stade de l'exécution du contrat que, « *fondamentalement, la subordination de la naissance de la créance à l'aléa de l'exécution compromet toute "emprise sur l'avenir"*. Somme toute, "*c'est l'idée même de créance qui naît dans la durée qui est contestable* ». Cette idée serait contestable parce que la créance s'exprime dans la durée qui sépare sa naissance de son exécution, dès lors, traduire cette durée avant sa naissance revient inévitablement à fusionner l'instant de naissance avec celui d'exécution, de son extinction, et donc à anéantir son existence même car, mort-née, l'obligation n'existe plus.

77. En second lieu, Berthaux et Mourlon développent une analyse qui repose en réalité sur une confusion entre le droit réel et le droit personnel, entre les effets réels et personnels du contrat, le tout

¹ THIERCELIN, op. cit.

² Ibid.

³ D. Houtcieff, *JCP G* 22003 II 10033, note sous mixte 22 nov. 2002, n°6 et 7 : « *Le temps ne fait rien à l'affaire. Sauf stipulation contraire, la créance à exécution successive naît dès la formation du contrat, ce qui l'oppose notamment aux créances distinctes nées d'un contrat unique. Il importe peu que la créance à exécution successive, comme la plupart des obligations, se déploie dans la durée : seule son exigibilité est en cause* ».

par l'intermédiaire d'une appréciation fausse de la condition et d'un faux appel à la théorie de la cause. Pour leur démonstration, les auteurs procèdent à une analogie entre le contrat de bail et la vente d'une chose future. Dans les deux cas, écrivent-ils, le contrat a pour objet une chose future, la récolte à venir, la jouissance à octroyer. Or la vente d'une chose future se fait sous la condition que la chose existe, c'est une condition naturelle qui procède de l'idée naturelle que les effets ne peuvent précéder leur cause. Il y a dans ce raisonnement une quadruple erreur. Il y a d'abord confusion entre droits réel et personnel. La propriété d'une chose qui est l'objet d'un contrat de vente ne peut s'identifier à une créance de jouissance qui est l'objet d'un contrat de bail. S'y ajoute ensuite la confusion des effets réels et personnels du contrat qui crée l'illusion d'une naissance retardée de la créance. Alors que l'effet réel du contrat de vente que constitue le transfert de propriété se trouve nécessairement retardé au jour de l'existence de la chose, ses effets personnels ne le sont pas quant à eux, du fait de la différence fondamentale entre droit réel et personnel. Si la propriété d'une chose nécessite l'existence de cette chose, la créance de sa jouissance existe quant à elle avant son octroi. C'est là sa substance, la promesse que la jouissance sera octroyée plus tard. Enfin, la condition dont il est question dans la vente de chose future n'est pas une condition suspensive de la naissance d'une obligation mais la condition résolutoire d'inexécution du contrat par la non survenance à l'existence de la chose future et de son absence subséquente de transfert de propriété. On retrouve par ce biais de nouveau une confusion des effets réels et personnels du contrat. Si le transfert de propriété est retardé à l'existence de la chose, les obligations de livraison et de paiement du prix ne sont pas retardées au jour de cette existence quant à elle. Les effets personnels ne sont pas retardés quant à eux par le caractère futur de la chose. Au surplus, l'utilisation du terme « cause » ne crée que l'impression d'une référence à la théorie de la cause et d'une certaine consistance du raisonnement. Celui-ci est en vérité creux car chaque obligation est la cause de l'autre si bien qu'on ne voit pas laquelle devrait apparaître en premier, laquelle constitue la cause et laquelle constitue les effets. Un raisonnement en terme de causalité scientifique, en termes de cause à effet, est ici inopérant.

78. Malgré le caractère à l'évidence erroné de cette argumentation, nous en trouvons trace dans la jurisprudence contemporaine des juges de fond de la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 11 avril 1991¹ rendu sur renvoi après cassation. Une société de production avait passé avec Antenne 2 un contrat de production de dessins animés dont le paiement était échelonné dans le temps au fur et à mesure de la production des épisodes. La créance avait été cédée par bordereau Dailly à une banque et acceptée par Antenne 2. Mais suite à la liquidation judiciaire du producteur, Antenne 2 opposa à la banque l'inachèvement de la prestation, tous les épisodes convenus n'ayant in fine pas été produits, pour ne pas payer l'intégralité de la créance. La 1ère Cour d'appel avait condamné Antenne 2 au paiement au motif que l'existence de la créance n'était pas subordonnée à l'exécution de la prestation. Après cassation pour dénaturation des deux contrats en cause, celui de production à l'origine de la créance cédée et celui de cession de ladite créance, la Cour d'appel de renvoi refusait à la banque le droit au paiement intégral au motif que « *l'existence des créances cédées était subordonnée à la réalisation successive des prestations prévues par le contrat* » et après avoir relevé que l'acceptation de la cession par Antenne 2 « *n'avait pas pour effet de transformer la nature de la*

¹ Versailles, 11 avr. 1991, *RTD com.* 624, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ pour qui la Cour, repoussant la naissance de la créance de rémunération au stade de l'exécution de la prestation analyse effectivement ladite créance en une créance conditionnelle.

créance », ce qui signifie bien qu'il s'agissait pour la Cour d'une créance de nature conditionnelle qui n'était pas encore née à la date de la cession, mais devait naître plus tard au jour de la production. Si la solution doit être approuvée, l'argumentation est erronée. La créance existait au jour de la cession, mais portait en elle la contingence résolutoire d'une inexécution de la prestation corrélative, ce pourquoi l'inexécution devait être opposée à la banque car elle avait pour effet de diminuer le quantum de la dette nonobstant l'acceptation d'Antenne 2. L'exception d'inexécution est en réalité une exception inhérente à la dette qui peut être invoquée quelle que soit sa date de survenance, avant ou après le transfert. L'acceptation de la cession Dailly ne peut y faire obstacle puisque celle-ci n'est pas une lettre de change bénéficiant d'un engagement cambiaire autonome¹.

B. Les thèses concevables d'une naissance instantanée de la créance de prestation

79. Il existe deux thèses matérialistes concevables pour lesquelles la créance de prestation naît de façon instantanée. Dans l'une elle naît une fois pour toutes au jour du contrat, dans l'autre elle naît de façon successive à chaque début de période contractuelle.

Pour **Gilles Endréo**, la créance de prestation naît pour le tout au jour du contrat, tandis que la créance de prix naît bien au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation².

Pour **Frédéric Baron**, il semble que la créance de jouissance renaît à chaque début de période prévue au contrat, tandis que la créance de rémunération naît dans cette même période au fur et à mesure de l'exécution. C'est au détour d'un exemple qu'il est possible de saisir l'opinion exacte de la pensée de l'auteur quant à la date de naissance des créances : *« Plus précisément,... il existe un décalage chronologique entre la naissance des obligations respectives. Cette désynchronisation peut être illustrée par l'exemple du contrat de travail. L'obligation d'exécuter le travail, à la charge du salarié, naît au début de la période – en principe d'une durée d'un mois – qui constitue un équilibre contractuel. En revanche, l'obligation de verser le salaire, à la charge de l'employeur, naît seulement avec l'exécution du travail »*³.

Section 2 : La thèse périodique d'une renaissance cyclique des créances

80. La thèse périodique ne peut pas être fondée sur la pléthore d'arrêts rendus en droit des entreprises en difficulté, car la date et le mode de naissance proposés sont fondamentalement différents. La recherche du fondement de ces thèses est délicate. Elles reposent essentiellement sur une réflexion doctrinale menée sur l'unique terrain des contrats à exécution successive. Contrairement à la thèse matérialiste, la thèse périodique n'englobe pas le contrat à exécution instantanée.

¹ C'est sur ce fondement que Michel Vasseur analysait la situation en commentant l'arrêt de cassation et non pas sur celui du caractère conditionnel et inexistant de la créance cédée : com. 14 nov. 1989 n°88-13720, inédit, *D.* 1990, 227, M. VASSEUR.

² G. ENDRÉO, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, 223.

³ F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.* 2001, 1.

Deux courants se distinguent quant au domaine de la thèse, un courant moniste qui applique la thèse périodique à tous les contrats à exécution successive (§1) et un courant dualiste que ne l'applique qu'aux seuls contrats à durée indéterminée, à l'exclusion des contrats à durée déterminée (§2).

§1 : La thèse périodique moniste

81. La thèse périodique fait **renaître cycliquement les deux obligations réciproques prévues au contrat, la créance de prestation et la dette de prix, à chaque début de période contractuelle**. La période contractuelle se matérialise par la stipulation du terme. C'est la raison pour laquelle il a pu être reproché à cette thèse de confondre naissance et exigibilité. Cependant, la stipulation du terme ne fait que matérialiser la période contractuelle. Les auteurs soutenant cette thèse font renaître les créances à chaque début de période sans considération pour la date d'exigibilité du prix qui peut être quant à lui en fin de période (paiement à termes échus) ou en début de période (paiement à termes à échoir). Dans son acception moniste, cette thèse s'applique à tous les contrats à exécution successive, qu'ils soient à durée indéterminée ou déterminée.

82. Pascal Ancel figure parmi les auteurs soutenant la thèse périodique moniste. L'auteur expose que *« les deux parties (...) deviennent créancières l'une de l'autre (...) selon la périodicité fixée par »* le contrat¹. Cette proposition est reprise par Corinne Rigalle-Dumetz². François Terré semble également aller dans ce sens³. Les deux obligations réciproques des parties renaissent donc à chaque début de période contractuelle. Par exemple, dans le cas d'un bail où le loyer est stipulé payable mensuellement, l'obligation de jouissance des locaux à la charge du bailleur et la dette de paiement du loyer à la charge du preneur renaissent toutes les deux chaque début de mois pour le mois à venir et ainsi de suite. C'est une renaissance instantanée pour un mois.

Dans cette thèse, la stipulation du terme désigne certes une période d'exigibilité, mais également une période de naissance. Quand bien même le terme stipulé pour le paiement des loyers serait un terme échü, un paiement en fin de période, la créance de loyer naîtrait quant à elle en début de période simultanément à la créance de jouissance. La naissance emprunte sa seule périodicité à la stipulation du terme et non pas sa date de survenance précise.

83. Cette thèse présente des **avantages conceptuels** par rapport à la thèse matérialiste. Elle se trouve davantage en cohérence avec l'essence du concept de créance. Les créances naissent simultanément, il n'y a pas d'ordre de naissance inexplicable. Chacune des créances réciproques est une et unique.

¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771, spéc. n°42.

² C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, th. Dalloz 2003, n°469. L'auteur ne reprend pas explicitement l'argumentation de Pascal Ancel, mais s'y réfère formellement et d'après nous profondément à travers « l'esprit de sa thèse ». Celui-ci repose, d'une part sur une distinction entre le contrat et les obligations (entre « force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. précité de P. Ancel), la résolution met fin aux obligations et non pas au contrat, ce qui explique que des effets du contrat persistent après résolution, d'autre part sur une naissance successive des obligations, la résolution dans les contrats à exécution successive met fin à la naissance future des obligations et n'opère pas leur anéantissement puisqu'elles ne sont pas encore nées, ce pourquoi le concept de résolution partielle serait inexistant, naissance successive que soutient M. Ancel pour tous les contrats à exécution successive, qu'ils soient à durée indéterminée ou déterminée.

³ F. TERRÉ, *Introduction au droit*, Précis Dalloz, n°279, 3°).

Le mode de naissance n'implique pas un nombre illimité de créances. Elles naissent de façon instantanée, ce qui correspond bien à la nature vivace du concept juridique de créance qui naît, vit et meurt. Dans le même ordre d'idée, la thèse ne concerne que les contrats à exécution successive, elle n'atteint pas le contrat de vente dans lequel il est acquis que la créance de prix naît au jour de la formation du contrat et non pas après.

84. Mais cette thèse présente également certains **inconvenients**. Son fondement est difficilement perceptible. Elle semble davantage tirer sa force sur son aspect esthétique et symétrique. Elle se fonderait sur la seule volonté présumée des parties. Mais la volonté des parties fut de convenir d'une période pour le paiement des loyers. Elles n'ont pas pensé en faire une période pour la renaissance cyclique de leurs créances réciproques. Certes, les auteurs raisonnent aussi par analogie avec le contrat à durée indéterminée pour étendre ensuite son mode de naissance au contrat à durée déterminée. Mais l'argument généralement invoqué de méconnaissance du contenu global des obligations au jour de la formation du contrat à durée indéterminée n'est pas transposable au contrat à durée déterminée où la durée est justement déterminée et par conséquent le contenu global des obligations connu¹. En effet, la faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée ne se retrouve pas dans le contrat à durée déterminée. L'acception dualiste est donc en réalité la seule soutenable.

§2 : La thèse périodique dualiste

85. La thèse périodique dualiste n'applique qu'aux contrats à durée indéterminée la renaissance cyclique des obligations réciproques à chaque début de période contractuelle. Le mode de naissance est identique à celui qui vient d'être vu pour la thèse moniste, seul le champ d'application se trouve restreint aux contrats à durée indéterminée. Parmi les auteurs qui soutiennent cette thèse, il est possible de citer George Brière de l'Isle, Martine Behar-Touchais et Benoît Grimonprez².

86. Pour Georges Brière de l'Isle, « *au fur et à mesure que le temps s'écoule, il se produit... une reconduction tacite pour une durée nécessairement limitée au préavis d'usage légal selon le contrat* »³. L'auteur fonde son raisonnement sur une pluralité de contrats qui se renouvellent par tacite reconduction au rythme de l'exécution des prestations : « *Chacune des exécutions passées, dès*

¹ C. GOLHEN en fait pertinemment la remarque (th. op. cit. n°388). Mais l'auteur étend pourtant le raisonnement d'une naissance successive dans les contrats à durée indéterminée aux contrats à durée déterminée en se fondant en premier lieu sur les cas où la faculté unilatérale est possible malgré la durée déterminée du contrat. Seulement, il s'agit de cas exceptionnels qui ne peuvent servir de fondement au principe général relevant du droit des obligations qu'est la date de naissance de la créance. La proposition est d'ailleurs réversible, ce que nous entendons faire dans nos présents travaux, c'est justement parce qu'il peut y avoir méconnaissance du contenu global dans les contrats à durée déterminée où les créances naissent vraisemblablement pour le tout au jour du contrat que la solution doit être la même pour les contrats à durée indéterminée, une naissance pour le tout au jour du contrat malgré la méconnaissance à cette date de la durée finale desdits contrats. L'auteur argumente aussi sur le terrain des clauses pénales, arguments auxquels nous répondrons supra car il n'y a là qu'un mirage d'une naissance successive derrière lequel se cache la réfaction du contrat et des obligations qui en sont issues. Chez Mme Rigalle-Dumetz, l'extension réside plutôt dans le fait qu'elle embrasse d'emblée tous les contrats à exécution successive sans distinction selon qu'ils sont à durée déterminée ou indéterminée.

² B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. LGDJ 2006 n°71.

³ G. BRIÈRE DE L'ISLE, « Les contrats successifs », *D.* 1957, ch. p. 153, spéc. p.155.

lors qu'elle a trouvé dans la contre-prestation adverse sa compensation conventionnelle, parachève le contrat. Celui-ci, en conséquence, se renouvelle au rythme des prestations. Il s'éteint et renaît identique, mais cependant distinct du précédent ».

La position de l'auteur est un peu évasive quant à la date précise de la naissance de la créance. Une hésitation transparaît entre la durée du préavis et la durée correspondant à la période d'exigibilité de la créance. Cette hésitation se confirme avec l'exemple utilisé par l'auteur. Il y fait adroitement coïncider la durée du préavis avec celle de la période d'échéance, un rythme mensuel : « *Dans l'exemple du bail verbal, dénonçable sous préavis d'un mois,... on doit considérer qu'à la fin de chaque période se forme un nouveau contrat complètement indépendant de celui qui le précède* ».

Quoi qu'il en soit, une renaissance à chaque période de préavis ne serait pas envisageable car les parties peuvent donner congé à chaque instant. L'obligation renaîtrait donc à chaque instant pour la période de préavis. Outre qu'il y aurait un nombre infini de créances, elles se chevaucheraient les unes avec les autres. L'éminent auteur a donc dû vouloir soutenir la thèse périodique pour les seuls contrats à durée indéterminée, une renaissance des obligations réciproques à chaque début de période pour la période à venir. C'est en tous cas la seule alternative admissible sur le plan logique.

87. Martine Behar-Touchais soutient également la thèse dualiste d'une naissance des obligations au jour du contrat et pour le tout dans les contrats à durée déterminée, mais celle d'une renaissance des obligations à chaque début de période contractuelle pour les contrats à durée indéterminée.

L'auteur ne fonde cependant pas le raisonnement sur une pluralité de contrats comme Georges Brière de l'Isle, mais sur « *la permanence de la volonté à l'issue de chaque période qui permet au contrat de continuer ou non à faire naître les obligations de la période suivante* »¹. Eu égard au fondement invoqué, on pourrait hésiter entre la période de préavis et la période contractuelle représentée par la stipulation du terme. La renaissance à chaque période de préavis menant à une impasse, c'est nécessairement la période contractuelle dont il s'agit ici.

La solution proposée par l'auteur repose donc sur la volonté implicitement exprimée par une absence de résiliation unilatérale du contrat. Remarquons que si une partie résilie en cours de période, alors le raisonnement se complique passablement sans devenir pour autant totalement inconcevable. Il suppose de faire appel à une volonté présumée des parties sur des points auxquels elles n'ont sans doute en réalité pas pensé au jour où elles ont contracté.

88. Il convient enfin de remarquer qu'un auteur adopte également une thèse dualiste en proposant une autre césure que la durée déterminée ou non du contrat. Catherine Golhen propose dans sa thèse une distinction qui repose sur la différence entre les créances d'intérêt et de loyer². Dans la première, le temps serait dilatoire, la naissance de la créance serait instantanée et pour le tout au jour du contrat. Dans la seconde le temps serait satisfactoire, la naissance serait donc successive, les créances renaissant à chaque instant. La proposition est originale. Il apparaît pourtant difficile d'être convaincu car le droit positif n'opère pas de distinction entre les créances de remboursement et

¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in *Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances*, LPA 9 nov. 2004, n°224, p. 41, spéc. n°21.

² C. GOLHEN, « Les contrats dits à exécution successive, Réflexion sur la date de naissance des obligations », th. 2006.

d'intérêt dans le contrat de prêt. Ainsi, la caution doit continuer de garantir l'intégralité des échéances postérieures à la cession¹ ou à la fusion² de l'entreprise débitrice principale d'un prêt car ces échéances correspondent à une créance née antérieurement à la cession. Plus anciennement, un arrêt de 1875³ énonce que la créance d'intérêts à échoir est une créance actuelle et certaine par opposition à ce que serait une créance seulement éventuelle qui n'existerait pas encore. Il n'est jamais opéré de ventilation de la créance entre le capital et les intérêts, les deux correspondants à des créances nées au jour de la remise des fonds. Il pourrait certes être argué que les intérêts constituent une créance accessoire de faible ampleur et par conséquent non significative. Mais tel n'est pas le cas et il est des contrats de prêt où le montant total des intérêts payés peut atteindre des sommes considérables⁴. Le législateur en a d'ailleurs conscience puisqu'il limite les montants et la durée des crédits à la consommation⁵ qui, derrière des échéances très basses, cachent bien souvent des durées très longues et par conséquent des intérêts globaux exorbitants. Enfin, il nous semble que le temps est également satisfaisant dans le contrat de prêt à intérêts, car il constitue le temps de jouissance des fonds prêtés de façon analogue au temps de jouissance de l'immeuble loué dans le contrat de bail. La différence proposée par l'auteur ne nous semble donc pas si pertinente.

Conclusion du chapitre préliminaire, l'exposé des thèses en présence :

89. Malgré leur opposition commune avec la thèse classique, il n'existe pas qu'une seule thèse contemporaine, mais une pluralité. Les auteurs ne s'accordent ni sur la date de naissance exacte de la créance de prix ni sur le mode de naissance exact des créances issues d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. Il ne sera dès lors pas surprenant que l'examen du droit positif et l'argumentation conduisent à les réfuter.

Simplifiant, deux thèses contemporaines peuvent être dégagées. **La thèse matérialiste fait naître la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation et élude en réalité l'existence de la créance de prestation. La thèse périodique fait renaître toutes les créances à chaque début de période contractuelle définie par le terme stipulé.**

Il convient maintenant de passer à l'appréciation critique de ces deux thèses contemporaines envisageables. Pour ce faire, il importe de distinguer les contrats à durée déterminée des contrats à durée indéterminée. En effet, le droit positif fournit les outils nécessaires qui conduisent à la réfutation de ces thèses contemporaines pour les contrats à durée déterminée, tandis qu'il ne tranche pas la question pour les contrats à durée indéterminée. Pour ces derniers, seule une réflexion doctrinale toujours discutable est envisageable. Cette différence sine qua non dans l'approche démonstrative justifie de consacrer un chapitre spécifique pour chacun de ces deux contrats, le contrat à durée déterminée d'abord, le contrat à durée indéterminée ensuite.

¹ Com. 12 oct. 1993, n°91-17128, P, D. 2000, 257, P. LIPINSKI, D. aff. 1999, 801, A. LIENHARD, Déf. 1999, art. 37023, n°9, p. 870, J.-P. SÉNÉCHAL, JCP G 1999, I, p. 177, n°11, M. CABRILLAC, RTD com. 1999, p. 964, n°4, C. SAINT-ALARY-HOUIN, RTD com. 2000, p. 177, A. MARTIN-SERF

² Com. 14 mai 2008, n°07-14305 inédit : « la dette n'était pas née postérieurement » au sujet des échéances.

³ Req. 27 janv. 1975, S. 1876, 1, 12.

⁴ A. BÉNABENT, « Le désintérêt des intérêts », in *mél. Ghestin* 2001 p. 113.

⁵ D. n°2011-304 du 22 ars 2011, JCP 2011 act. 348, Décret d'application de la réforme du crédit à la consommation : durée maximale de 3 ans en deçà de 3000 € et de 6 ans au-delà.

Chapitre 1 : L'argumentation spécifique aux contrats à durée déterminée

90. Comme il vient d'être vu, la multiplicité des thèses contemporaines d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat peuvent être réduites au nombre de deux. La thèse matérialiste fait naître la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la prestation caractéristique dans tous les contrats synallagmatiques à titre onéreux, y compris dans les contrats à exécution instantanée. La thèse périodique fait renaître cycliquement toutes les créances prévues au contrat, la créance de prix et la créance de prestation caractéristique, à chaque début de période contractuelle représentée par la stipulation du terme dans les seuls contrats à exécution successive, à l'exclusion des contrats à exécution instantanée.

Tandis que la thèse périodique repose essentiellement sur une réflexion doctrinale quant à la structure des contrats à exécution successive, la thèse matérialiste se fonde sur la jurisprudence du droit des entreprises en difficulté. Il est vrai que la thèse périodique dualiste pourrait éventuellement reposer sur la jurisprudence rendue en droit du cautionnement où la Cour de cassation sous-entend une naissance successive des créances dans les contrats à durée indéterminée¹. Mais cela relève de l'argumentation spécifique à ce type de contrat qui sera vue au chapitre suivant². Pour les contrats à durée déterminée, la jurisprudence tend au contraire à montrer clairement que les créances naissent pour le tout au jour du contrat et par conséquent à réfuter les thèses périodique et matérialiste d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat³.

91. C'est essentiellement la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure qui consacre la thèse matérialiste et contribue par là même à soutenir la thèse périodique du fait de leur opposition commune à l'égard de la naissance pour le tout au jour du contrat⁴. Toutefois, si l'on s'affranchit de la lettre des textes, la fonction de ce mécanisme, l'identification de créances privilégiées, ne renvoie pas nécessairement et directement à l'existence de la créance, à sa date de naissance.

Tel n'est pas le cas d'autres mécanismes du droit qui impliquent nécessairement l'existence de la créance et font donc indiscutablement usage du critère de date de naissance de la créance comme extinction par son exécution. L'extinction de la créance suppose nécessairement son existence préalable. Le transfert de propriété de la créance suppose également qu'elle existe pour pouvoir être transférée.

Examiner la validité des thèses contemporaines nécessite donc de laisser de côté la jurisprudence rendue sur le terrain de l'ancien article 40 afin de se focaliser sur celle afférente aux mécanismes juridiques dont il est plus évident que la fonction dans le système de droit privé implique l'existence de la créance et use par conséquent de sa véritable date de naissance.

¹ Cf. infra n°367.

² Cf. infra n°263 et s.

³ Cf. infra n°370.

⁴ Cf. supra n°68.

92. Il est en outre d'autres phénomènes du droit qui semblent soutenir une naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat.

La cession de contrat est traditionnellement expliquée par la naissance successive de la créance de prix. Il est généralement expliqué que le cessionnaire du contrat doit le prix stipulé pour les termes postérieurs à la cession en tant que de débiteur originaire, car les dettes de prix sont directement nées sur sa tête. À défaut, il faudrait admettre qu'il y aurait eu une cession de la dette de prix entre le cédant et le cessionnaire. Or, la cession de dette est traditionnellement considérée comme impossible.

Par ailleurs, un courant jurisprudentiel tend à refuser l'exécution forcée du paiement du prix à l'encontre de l'acheteur lorsque celui-ci a refusé de recevoir la prestation. Ce courant jurisprudentiel est souvent expliqué par la thèse matérialiste de la date de naissance des créances. La prestation n'ayant pas été exécutée, la créance de prix n'a pas pu naître, ce pour quoi son paiement forcé est refusé et le vendeur doit se contenter de dommages et intérêts. Constitue le corollaire de cette jurisprudence celle qui qualifie de clause pénale la clause qui contraint l'acheteur à malgré tout payer l'intégralité du prix lorsqu'il ne veut plus de la prestation. Là encore, la prestation n'ayant pas été exécutée, le prix ne peut être dû et la clause qui contraint à le verser malgré tout se trouve dès lors nécessairement qualifiée de clause pénale révisable par le juge. Cette qualification et cette révision potentielle seraient inenvisageables s'il s'agissait véritablement de la créance de prix prévue au contrat.

Ces phénomènes ne peuvent être ignorés. La réfutation des thèses contemporaines en matière de contrat à durée déterminée ne serait pas satisfaisante si la jurisprudence ou les mécanismes qui sembleraient aller à l'encontre de cette réfutation étaient passés sous silence. Ces éléments ne constituent cependant que de faux obstacles à la réfutation. En effet, si la naissance successive des créances est fréquemment invoquée pour les expliquer, cela ne signifie pas pour autant que cette explication soit satisfaisante. Creusant la question, il est possible de s'apercevoir qu'à chaque fois peut être trouvée une explication plus cohérente et qui ne repose pas sur une naissance successive de la créance de prix.

Hors la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure de l'ancien article 40, le droit positif contredit les thèses matérialiste et périodique d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat, ce qui montre bien leur caractère lacunaire (section 1). Cette réfutation ne pose en outre pas de problème, car ces thèses sont inutiles pour expliquer la cession de contrat ou la jurisprudence refusant le paiement forcé du prix (section 2).

Section 1 : Des thèses lacunaires

93. Avant d'exposer les arguments de droit positif qui permettent de réfuter les thèses contemporaines et par conséquent leur caractère lacunaire, il convient d'écarter d'emblée un argument fréquemment invoqué en la matière, mais qui s'avère **inopérant**, celui qui repose sur **la théorie de la cause**.

Stéphane Torck¹ l'invoque pour réfuter toute naissance des créances postérieure au jour de la formation du contrat. Toutefois, cette même théorie de la cause est également invoquée par ses contradicteurs. En effet, Gilles Endréo l'utilise également à l'appui de sa thèse qui n'est autre que la thèse matérialiste d'une naissance de la créance de rémunération au jour de l'exécution de la prestation².

Il est vrai qu'il est traditionnellement enseigné³ et habituellement rappelé par la Cour de cassation que « *la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre* »⁴. Toutefois, s'appréciant au jour de la formation du contrat⁵, la théorie de la cause ne supporterait aucune naissance postérieure de créance. Or, nombre de contrats font naître des créances à une période postérieure au jour de leur formation sans pour autant que leur validité ne soit remise en cause⁶. Peuvent être cités le contrat d'agent commercial⁷, le contrat de cautionnement omnibus⁸ ou encore du contrat d'assurance⁹. Au demeurant, il n'est pas contesté qu'un contrat puisse porter sur une chose future ou sur une cause future¹⁰. Pourtant la cause d'une obligation réside dans l'objet de l'autre¹¹. Il en résulte que la cause peut ne survenir que dans le futur. En réalité, comme l'expliquait Henri Capitant, « *dans le contrat synallagmatique, chacun s'oblige parce qu'il a en vue*

¹ S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », in *colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances*, LPA 2004 n°224 p. 25, n°21. L'auteur expose qu'il n'est qu'à faire appel à la théorie de la cause pour invalider rapidement une telle théorie en constatant simplement « *que les obligations qui, dans un contrat synallagmatique, ne naîtraient pas simultanément, perdraient leur interdépendance car... l'objet sur lequel porte les obligations respectives... ne s'accordent plus suffisamment pour se servir de cause réciproque* ».

² G. ENDRÉO, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, 223. L'auteur est le seul à faire appel explicitement à la théorie de la cause. Mais la majeure partie des partisans des thèses matérialiste et périodique, sans se référer explicitement à la cause en tant que concept, s'y réfèrent implicitement par l'utilisation du terme : la rémunération a pour cause la prestation, ce pourquoi elle naîtrait de la réalisation de cette prestation. Mais pour quelle raison les créances devraient-elles naître de l'accomplissement de leurs causes dès lors que celles-ci étaient déjà prévues au contrat. Il y a confusion entre les mécanismes de naissance des créances contractuelles et extracontractuelles. Contrairement aux créances extracontractuelles qui naissent nécessairement d'un fait prévu au contrat, la volonté vient changer la donne en matière de créances contractuelles où les créances naissent du contrat ou d'un fait prévu au contrat pour faire naître la créance. Emmanuel Putman réplique à juste titre qu'il y a lieu de ne pas confondre l'obligation et la prestation car la cause finale dégagée par Capitant vise davantage l'exécution de l'obligation, la prestation, que l'obligation elle-même (E. PUTMAN, *La formation des créances*, th, 1987, n°220).

³ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°340 : « *Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chacune des parties réside dans l'obligation de l'autre* ». L'origine de ce quasi-adage nous viendrait de Domat (DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I, T. 1er, sect. 1^{ère}, 6).

⁴ Com. 9 juin 2009 n°08-11420, inédit : l'arrêt met fin à la dérive consistant à prononcer la nullité d'un contrat pour absence de rentabilité sous couvert de la cause.

⁵ D. MAZEAUD, « La cause, in 1804 – 2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir », *D.* 2004, p. 451, spéc. p. 456, se référant à A. Bénabent ainsi qu'à Carbonier.

⁶ Sur cette question, voir infra n°442 et s.

⁷ Dans lequel les créances de commissions ne naîtront qu'aux dates de passation des contrats pour lesquels l'agent est commissionné.

⁸ Dans lesquels les obligations de règlement de la caution ne naîtront qu'aux dates postérieures de naissance des créances futures couvertes.

⁹ Dans lequel la créance d'indemnisation prévue au contrat ne prendra naissance qu'au jour postérieur de la survenance d'un sinistre. Si l'aléa chasse la lésion, il ne chasse pas la cause. La nature aléatoire de ce contrat n'empêche pas que la condition de validité qu'est la cause soit appliquée et examinée (F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit. n°343).

¹⁰ Si le contrat ne peut porter sur une chose impossible, il peut néanmoins porter sur une chose qui n'existe pas encore dès lors que ce caractère futur est pris en compte par les parties au jour de la formation du contrat. L'article 1130 al. 1er du Code civil en dispose expressément et l'affirmation ne fait aucun doute tant en doctrine qu'en jurisprudence (C. LARROUMET, *Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat, 1^{ère} partie, Conditions de formation*, Traité, Economica, 6^{ème} éd. 2007, n°388). Ainsi, dans la vente, la cause de l'obligation de payer le prix réside dans le transfert de propriété et dans l'obligation de livrer (Civ. 1, 12 juill. 1989, n°88-11443, P, *JCP G* II 21546 Y. DAGORNE-LABBÉ, *Déf.* 1990, 34750, p. 358, J.-L. AUBERT, *RTD civ.* 1990, 468, J. MESTRE). Or, excepté dans la vente à emporter, la livraison est toujours postérieure au jour de la formation du contrat. Et dans une vente avec clause de réserve de propriété, le transfert de propriété ne s'accomplit que postérieurement, après la formation du contrat, au jour où l'acheteur a achevé de payer le prix. Surtout, dans la vente d'une chose future, non seulement le transfert de propriété ne peut se réaliser immédiatement en l'absence d'une chose sur laquelle il pourrait s'exercer, mais surtout, la chose même visée par l'acheteur n'existe pas encore, le contrat n'en est pas moins valable.

¹¹ C. LARROUMET, *Traité op. cit.* n°453.

l'exécution de la prestation promise par l'autre »¹. Dès lors, la cause est en réalité nécessairement future puisqu'elle réside dans l'exécution et non pas dans l'obligation. Au surplus, il peut être remarqué que la cause est une condition de validité de tous les contrats et non pas uniquement des contrats synallagmatiques² et que, même dans ces derniers, la cause peut parfois être recherchée en dehors du contrat³.

Dès lors, **peu importe la date à laquelle survient la cause, il suffit qu'elle ait été « convenue »⁴ au contrat pour que celui-ci soit valide**. Puisque la date de survenance de la cause d'une obligation n'a pas d'importance, qu'il suffit qu'elle ait été prise en compte par les parties au jour de la formation du contrat sans qu'il soit nécessaire qu'elle existe, alors la théorie de la cause est inapte à éclairer la date de naissance de la créance.

94. La réfutation des thèses matérialiste et périodique consiste à démontrer que la créance de prix était en réalité née avant la date de naissance soutenue par ces deux thèses. Dans la thèse périodique, la créance de prix renaît à chaque début de période contractuelle avant l'exécution de ladite période. Dans la thèse matérialiste, la créance de prix naît au fur et à mesure de l'exécution de la prestation caractéristique. La date de naissance de la créance de prix est antérieure dans la thèse périodique par rapport à la thèse matérialiste. Il en résulte que, **lorsque la fausseté de la thèse périodique est démontrée, celle de la thèse matérialiste l'est aussi mécaniquement**. Inversement, montrer la fausseté de la thèse matérialiste demeure spécifique à cette dernière et n'implique pas nécessairement celle de la thèse périodique.

95. Simplifiant, il est possible de distinguer deux mécanismes dont la fonction dans le système de droit privé implique qu'ils mettent en œuvre de façon certaine la véritable date de naissance de l'authentique créance : le **paiement** et le **transfert de propriété**. Il est certain que la créance payée existait, sinon elle n'aurait pas pu être éteinte, car pour disparaître encore faut-il être apparu au préalable. Il est certain que la créance ayant changé de patrimoine existait, sinon elle n'aurait pas pu être transférée, car il faut exister pour pouvoir être appréhendé. Ces deux mécanismes sont symptomatiques de la double nature que peut revêtir le concept de créance, à la fois un lien et un bien.

¹ H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1923, n°79. Voir également LAROMBIÈRE qui écrivait déjà en 1885 : « dans les contrats à titre onéreux, je m'oblige en vue de ce que l'autre partie s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire. L'objet de son obligation est la cause de la mienne » (Traité op. cit.). Voir également CARBONNIER : « La cause de l'obligation de chaque contractant est l'obligation de l'autre ou, peut-on dire de façon plus réaliste, l'exécution de l'obligation de l'autre » (J. CARBONNIER, Droit civil, t.2, Les biens, Les obligations, PUF rééd. 2004).

² Pour un exposé clair de la diversité de ces hypothèses : C. LARROUMET, Traité op. cit. n°451, 452, 476.

³ Civ. 3, 3 mars 1993, n°91-15613, P, *JCP G* 1994, I 3744, M. FABRE-MAGNAN, . Dans cet arrêt, la cause du transfert de propriété du terrain vendu pour un euro symbolique ne résidait pas dans ce prix (quasi inexistant) mais dans la reprise des dettes de l'entreprise dont la cession était inséparable de celle du terrain. Économiquement, le prix n'était pas l'euro symbolique, mais la reprise de dettes.

⁴ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006. L'auteur redéfinit la cause comme étant la contrepartie convenue. L'auteur fait mention à de nombreuses reprises à la « cause présente ou future » (p. 452) et on remarque que « dans la jurisprudence relative aux contrats synallagmatiques commutatifs, la cause actuelle ou future est toujours et seulement la promesse par l'autre partie d'une contrepartie convenue... ». Il va de soi pour l'auteur que la contrepartie convenue, la cause telle qu'il la définit, peut être actuelle ou future (p. 701).

Les thèses matérialiste et périodique sont lacunaires, car le droit positif montre clairement que la créance de prix était née avant les dates proposées par ces deux thèses, que ce soit la créance vue en tant que lien (§1) ou appréhendée en tant que bien (§2).

§ 1 : L'existence du lien au jour de la formation du contrat

96. Il est deux mouvements inverses qui permettent de mettre en évidence l'existence du lien de droit que constitue la créance, son possible extinction (A) et sa protection assurée par certains mécanismes spécifiques (B).

A. La possibilité d'un paiement antérieur

97. Pour qu'il puisse y avoir mort, encore faut-il qu'il y ait eu naissance auparavant. Il apparaît évident, car relevant d'une logique élémentaire, que la créance ne peut être payée si elle n'était pas née auparavant¹. En effet, comme l'écrivait Pothier, le paiement constitue la « *manière la plus naturelle dont les obligations peuvent s'éteindre* »². Pour cette raison, le paiement figure en tête de liste des neuf modes d'extinction des obligations énoncés à l'article 1234 du Code civil. L'article 1235 du même Code rappelle d'ailleurs l'évidence selon laquelle « *tout paiement suppose une dette* ».

98. En pratique, il est souvent évoqué un « *paiement d'avance* ». Mais il ne s'agit pas d'un paiement avant la naissance de la créance de prix qu'il éteint³. Le paiement d'avance signifie simplement qu'il a lieu avant l'exécution de la contreprestation. C'est ce qu'il ressort des définitions de l'acompte et

¹ Un arrêt peut être cité pour illustrer cette impossibilité de paiement avant naissance de la créance, soc. 7 mars 2007, n°05-45511, P-R, D. 2007, 945, A. FABRE, C. LEFRANC-HAMONIAUX, JCP G 2007, II 10077, D. CORRIGNAN-CARSIN, RLDA 2007/17 n°1045, Ch. NEAU-LEDUC. Il s'agissait du paiement d'une clause de non-concurrence qui avait été exécutée par le salarié postérieurement à la rupture de son contrat de travail. L'employeur arguait que cette obligation de non-concurrence avait déjà fait l'objet d'un paiement tout au long du contrat de travail sous la forme d'un surplus de salaire. La cour écarte cet argument au motif que le paiement ne peut intervenir avant la rupture du contrat : « *Attendu que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser la salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi ; que son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture* ». Or, si le paiement ne pouvait intervenir avant la rupture, c'est parce que cette dernière constitue la date de naissance de la créance d'indemnité de non-concurrence et qu'un paiement ne saurait intervenir avant la naissance du droit qu'il est censé éteindre.

² POTHIER, *Traité des obligations*, 1821, rééd. Dalloz-Syrey 2011, n°494.

³ Dans ce sens pourtant, A. SÉRIAUX, « Conception juridique d'une opération économique, le paiement », *RTD civ.* 2004 p. 225, spéc. n°4. Partisan de la thèse matérialiste, l'auteur va courageusement jusqu'au bout de son raisonnement et estime que le paiement peut avoir lieu avant la naissance de la créance pour éteindre une créance future : « *La chronologie ne fait ici rien à l'affaire (...) d'ordinaire, le solvens réglera une dette passée... mais rien n'empêche qu'il se libère d'avance d'une dette future, comme il advient en cas de versement d'un acompte* ». Courageuse, l'affirmation n'en est pas moins contre-nature, ce qui ne va pas sans conséquences. Plus loin, l'auteur laisse entrevoir des failles. Alors qu'il se basait essentiellement sur le paiement d'avance pour affirmer qu'il pouvait avoir lieu avant paiement, définissant plus loin l'acompte, l'auteur évoque l'exigibilité : « *dans sa pureté, l'acompte est l'acquittement anticipé d'une dette non encore née ou, à tout le moins, non encore exigible* ». Enfin, au sujet du paiement subrogatoire, l'auteur écrit que « *c'est, à l'arrière-plan, l'existence de cette dette qui justifie tout à la fois l'idée de paiement et celle de subrogation* ». Ainsi, lorsque la vigilance diminue, la nature revient, le paiement suppose la dette.

de l'avance au Vocabulaire Capitant. Le paiement d'avance ne donne pas lieu à répétition de l'indu¹, ce qui montre bien que ce paiement n'est pas effectué avant la naissance de la créance.

Des auteurs ont toutefois tenté de contourner cette vérité première en qualifiant de gage le paiement avant exécution de la contreprestation. Pour eux, le paiement avant exécution ne serait pas un véritable paiement extinctif d'un droit de créance. Mourlon² proposait déjà en 1865 d'analyser le paiement d'avance en gage sui generis : « *ce n'est point, à proprement parler un paiement... il n'y a là véritablement qu'un gage sui generis. C'est un gage irrégulier..., ce n'est positivement qu'une sûreté accompagnée de certains avantages...* ». Pareille analyse fut par la suite reprise par Berthaux dans une thèse de 1914³. L'idée se retrouve plus récemment sous la plume de Catherine Golhen⁴ dans sa thèse de 2006, sur les contrats dits à exécution successive où l'auteur propose de qualifier de gage espèce le paiement effectué d'avance. L'argument ne convainc pas.

D'une part, sur le plan théorique, cette proposition force la volonté des parties. Lorsqu'elles effectuent un paiement d'avance, elles entendent éteindre leur dette, certes sous la condition résolutoire de bien recevoir la prestation promise en contrepartie, mais qui dit résolution dit anéantissement, destruction de la créance préalablement née et non pas son absence de naissance. En effectuant ce paiement, il est fictif d'affirmer que les parties aient la volonté de constituer un gage ou de consentir un prêt⁵ à leur fournisseur ou prestataire. D'ailleurs, la jurisprudence ne qualifie pas le paiement d'acte juridique, mais de fait⁶, et il est peu probable qu'il en aille différemment pour le paiement d'avance que la jurisprudence qualifie bien de paiement partiel⁷, qualification reprise par la doctrine⁸, et non pas de gage ou de prêt.

D'autre part, ces propositions supposent l'existence, dans l'intervalle, d'une dette en sens inverse, d'une dette de restitution du fournisseur à l'égard de son client, dont l'exigibilité est suspendue, et qui viendra s'éteindre par compensation avec la créance de prix lorsqu'elle naîtra. Or, cette créance

¹ Com. 13 nov. 2001 n°99-14791, inédit : « *Attendu ... que... le paiement d'avance, fût-il forcé, de tout ou partie de la créance... ne pouvait donner lieu à répétition, malgré le terme prévu par la plan d'apurement du passif...* ».

² F. MOURLON, note sous cass. 28 mars 1865, D. 1865,1,201.

³ C. BERTHAUX, *Des garanties du bailleur de locaux affectés au Commerce pour le paiement de ses loyers (en présence de la Loi du 17 mars 1909)*, th. 1914, p. 23 et 24.

⁴ C. GOLHEN, th. op. cit. n°348.

⁵ Si tel était le cas, l'opération économiquement inverse, à savoir une vente à tempérament, constituerait également un prêt, ce qui n'est pas le cas, la vente à tempérament ne peut être considérée comme une « opération de crédit » car il n'y a pas correspondance avec les définitions légales des articles L.313-1 du Code monétaire et financier et L.311-2 al.2 du Code de la consommation. Si la pratique parle parfois de crédit fournisseur, cela ne représente certainement pas une réalité juridique, mais plutôt une sorte d'équivalent économique du paiement d'avance.

⁶ Malgré un rappel récent sur la nature juridique du paiement en fait et non pas en acte juridique (Civ. 1, 16 sept. 2010 n°09-13947, F P+B+I, JCP G. 2010, 1040, n°15, G. LOISEAU, RDC 2011, p. 103, R. LIBCHABER, *Contrats, conc. Consom.* 2010, comm. 266 n°12, L. LEVENEUR), il peut être considéré que la question reste controversée car si le régime de la preuve dont il était question renvoie à la nature de fait, les conditions de capacité collent certes mieux quant à elles à la notion d'acte juridique. Il nous semble malgré tout que le paiement constitue un fait juridique car les circonstances et l'état d'esprit des parties correspondent mieux à la réalisation d'un simple fait qu'à celle d'un acte juridique. Sur cette controverse quant à la nature juridique du paiement : N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, th. 1960 et G. LOISEAU, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », JCP G 2006 I 171. Quoi qu'il en soit il ne nous semble pas que cette controverse quant à la nature juridique du paiement interfère sur nos propos, quelle que soit la nature du paiement, celui-ci suppose la préexistence de la dette qu'il est censé éteindre, la naissance antérieure de la créance.

⁷ Civ. 3, 7 juill. 2010 n°09-15081, RD imm. 2010 p. 556, O. TOURNAFOND : « *en cas de résolution d'une vente, la restitution du prix perçu par le vendeur est la contrepartie de la chose remise par l'acquéreur et qu'ainsi, seul celui auquel la chose est rendue doit restituer à celui-ci le prix qu'il en a reçu* ». Etait en jeu la personne pouvant recevoir la restitution des acomptes versés suite à l'annulation d'une chaîne de contrats. La cour qualifie ici des acomptes reçus de « prix perçu », donc d'un paiement partiel et non d'une sorte de prêt sui generis avant naissance des créances.

⁸ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, traité Économica 3^{ème} éd. 2013, n°16. M.-L. MATHIEU-IZROCHE et S. BENILSI, « Paiement », Rép. Dalloz 2013, n°50 : « *L'acompte est un paiement partiel...* ».

de restitution de l'acompte versé du client sur son fournisseur n'a pas d'existence en droit positif. Ainsi, dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fournisseur, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion d'expliquer que les créances du client sur le fournisseur consécutives des versements antérieurs de ces acomptes n'avaient pas à être déclarées car elles ne constituaient en réalité que des modalités de paiement des contrats continués et exécutés par la suite¹. En vérité, si ces créances n'eurent pas à être déclarées et ne furent pas éteintes pour défaut de déclaration à l'ouverture de la procédure collective, c'est simplement parce que ces « créances » de restitution d'acompte n'existaient pas. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 novembre 2005² peut également être cité dans ce sens. Il s'agissait toujours de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fournisseur. Le versement des acomptes était antérieur, tandis qu'un jugement prononçant la caducité du contrat et la restitution desdits acomptes était postérieur à l'ouverture de la procédure collective. Si le paiement des acomptes avait seul suffi à donner naissance à une créance du client sur son fournisseur, alors la dette de restitution aurait été née du versement desdits acomptes, avant l'ouverture de la procédure et n'aurait ainsi pas pu bénéficier du privilège de procédure de l'ancien article 40. Tel ne fut pas le cas, la créance de restitution des acomptes était née du jugement postérieur prononçant la caducité du contrat et devait dès lors bénéficier du privilège de l'ancien article 40 en tant que créance postérieure. Il résulte bien des deux arrêts précités qu'aucune créance ne naît en sens inverse du client sur son fournisseur en cas de versement d'acompte. Une telle créance ne naît qu'en cas d'anéantissement ou de réfaction du contrat par le fait d'un jugement. Dès lors, si le versement des acomptes ne fait pas naître de créance, c'est bien qu'ils sont constitutifs d'un paiement partiel extinctif de la créance de prix.

99. Comme l'écrivent Messieurs Ghestin, Billiau et Loiseau³, en « *bref, si "tout paiement suppose une dette", l'exécution de toute dette constitue un paiement* ». Nier la nécessité d'existence de la créance avant son extinction heurte de plein fouet la cohérence générale du droit privé français. Il est donc possible de s'appuyer avec certitude sur l'extinction de la créance pour montrer son existence antérieure. L'exigibilité de la créance constitue l'antichambre du paiement. À ce titre, elle peut être assimilée à ce dernier comme révélateur de l'existence préalable du droit de créance. Il en va de même de la menace d'extinction ou d'inefficacité du droit. En effet, pour être menacé dans son existence ou son efficacité, encore faut-il que le droit existe.

Pour réfuter les thèses d'une naissance reportée au stade de l'exécution du contrat, il suffit de démontrer la possibilité d'un paiement ou assimilé antérieur aux dates de naissance de la créance de prix véhiculées par ces thèses. L'utilisation des trois révélateurs de l'existence de la créance assimilés à son paiement permet d'aller dans ce sens.

La possibilité d'un paiement du prix avant l'exécution de la prestation dénie la thèse matérialiste qui fait naître le prix de ladite exécution (1). L'obligation de déclarer les échéances antérieures en droit des entreprises en difficulté montre bien que la créance existait avant la survenance de ces échéances successives et dénie par là même la thèse périodique (2). Surtout, la possibilité historique d'exiger le

¹ Com. 28 janv. 1997, n°93-21857, P, JurisData 1997-000316 ; JCP E 1997, pan. 284 ; JCP G 1997, IV 626, D. *aff.* 1997, 419.

² Com. 15 nov. 2005, n°04-16416, P, D. 2005, 3012, A. LIENHARD.

³ J. GHESTIN, M. BILLIAU ET G. LOISEAU, *Traité op. cit.* n°529.

paiement de toutes les échéances du bail commercial postérieures à l'ouverture de la procédure collective prouve sans l'ombre d'un doute que les loyers successifs du contrat de bail correspondent à une seule créance née au jour du contrat (3).

1/ Le paiement du prix avant l'exécution de la contreprestation

100. Le paiement avant exécution de la contreprestation montre que la créance qu'il éteint était nécessairement née avant ladite exécution. Cela invalide la thèse matérialiste, mais n'atteint pas la thèse périodique dans laquelle la créance de prix naît également avant exécution de la prestation, successivement au début de chaque période contractuelle. Cet obstacle d'un paiement possible avant exécution n'a pas échappé à Messieurs Mestre, Putman et Billiau¹.

Des exemples variés peuvent être cités, tant pour les contrats à exécution instantanée que pour les contrats à exécution successive (a) et un exemple particulier peut recevoir une attention spécifique, celui du pas de porte (b).

a) Une pratique courante et variée

101. Il est vrai que l'article 1651 du Code civil dispose que le paiement du prix s'effectue au jour de la livraison. Mais il ne s'agit là que d'une date d'exigibilité par défaut à laquelle les parties peuvent déroger. Il faut prendre garde à cet égard de ne pas confondre naissance et exigibilité de la créance². L'article 1613 du Code civil le confirme car il opère un renversement de cet ordre d'exécution en cas de faillite ou de déconfiture de l'acheteur³. Dans cette hypothèse, le vendeur peut refuser de livrer la chose, quand bien même un délai de paiement aurait été initialement octroyé, ce qui implique bien que l'ordre d'exécution s'en trouve renversé et que l'acheteur en faillite se doit de payer le prix s'il veut recevoir livraison de la chose qu'il a commandée.

102. Dans les **contrats à exécution instantanée**, le paiement avant exécution de la prestation fait partie du quotidien.

Chacun a pu en faire l'expérience en prenant l'avion, le train, le tramway, le bus ou le métro car le billet est nécessairement acheté avant le voyage. Les voyageurs sont d'ailleurs incités à acheter leurs billets d'autant plus tôt que les tarifs qui leur sont proposés sont plus intéressants (Easy Jet, IDTGV,...). Il en va de même pour les achats par correspondance, notamment ceux nombreux effectués sur internet⁴, qui sont généralement payés à la commande et non à la livraison, parfois sans doute avant même que le produit ne soit fabriqué si le fournisseur fonctionne en flux tendus.

¹ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, traité LGDJ 1998, n°755.

² E. PUTMAN, th. op. cit n°212, rappelé par S. TORCK, article op. cit. n° 23 in fine.

³ La terminologie est certes obsolète. Il n'en reste pas moins que l'article conserve sa valeur sur le plan des principes.

⁴ Sur le volume chaque jour plus important des achats instantanés en ligne : P. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz Référence, 2012/2013, p. 333. et s., spéc. p. 339.

Peuvent être également citées en exemple les ventes avec clause de réserve de propriété où, structurellement, la prestation caractéristique du transfert de propriété ne peut s'opérer sans le paiement du prix.

Tel est également le cas de certains titres financiers négociables dont le transfert de propriété ne peut s'opérer qu'après paiement intégral du prix par l'acquéreur¹. Cela ne signifie pas pour autant que les parties ne soient pas engagées avant exécution de la première prestation. Ainsi, pour le dernier exemple, l'art. L. 211-17-1 du Code monétaire et financier précise que « *l'acheteur et le vendeur (...) sont, dès l'exécution de l'ordre, définitivement engagés, le premier à payer, le second à livrer* ».

103. Dans les **contrats à exécution successive**, le paiement avant exécution de la contre-prestation est également fréquent au point que chacun a pu pareillement en faire l'expérience au quotidien. Ainsi, dans les contrats d'assurance ou de mutuelle, les paiements se font souvent annuellement par tacite reconduction en début d'année. La prime d'assurance est donc payée avant l'année de couverture qu'elle recouvre.

De même, chacun a pu faire l'expérience du paiement de son loyer en début de mois pour le mois à venir, c'est-à-dire d'un paiement à terme à échoir. On trouve d'ailleurs sur les sites internet² à vocation pratique des définitions du bail et du crédit-bail qui sous-entendent clairement cette possibilité.

Même dans le bail, rien n'empêche les parties de prévoir la location d'un bien sur plusieurs années avec le paiement immédiat de tout le loyer correspondant. Tel était le cas dans un arrêt du Conseil d'État du 18 juin 1971, une entreprise avait consenti un bail de plusieurs années prévoyant l'exigibilité immédiate du total des loyers. Le Conseil d'État valide en l'espèce l'imposition immédiate de tous ces loyers payés en une seule fois³.

104. Concernant la sous-catégorie des **contrats à exécution échelonnée**, de nombreux prestataires de services proposent des tarifs dégressifs à mesure que vous achetez dès à présent un volume de plus en plus grand de prestations à venir : cabines de bronzage, spa, salons de massage ou d'esthétique.

Dans tous les cas, vous payez immédiatement des prestations qui ne vous seront fournies que postérieurement. Il en va de même pour les abonnements en salle de sport ou des adhésions à des clubs de sport, vous payez immédiatement votre abonnement ou votre adhésion annuelle, avant même d'avoir commencé à utiliser les installations sportives de salle⁴ ou du Club.

¹ Art. L. 211-17 CMF.

² Dëficréation.com (<http://www.deficreation.com/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=566>): « *le crédit-bail étant juridiquement une location, les loyers sont payables d'avance, c'est-à-dire en début de période, c'est ce qu'on appelle payable à "terme à échoir", à la différence des crédits classiques dont les échéances sont payés à termes échu* ». Cette définition est erronée puisque les parties peuvent aussi bien stipuler un paiement à terme à échoir qu'un paiement à terme échu. Les praticiens ont la fâcheuse tendance de confondre habitude pratique et réalité juridique. Cela a l'avantage ici de montrer à quel point la pratique du paiement du loyer à termes à échoir, c'est-à-dire avant l'octroi de la jouissance des locaux, doit être fréquente en pratique.

³ CE 18 juin 1971 n°76927. Aujourd'hui, il n'y aurait plus imposition immédiate de tous les loyers, la loi de finances pour 1979 ayant aligné le fiscal sur le comptable en la matière avec l'adoption de l'article 38 du CGI.

⁴ Quand bien même vous choisiriez un paiement mensuel, les prestations sont immédiatement payées pour l'année à venir car, dans la pratique, ce n'est pas un achat à tempérament qui est alors effectué, il vous est adjoint un contrat de prêt à votre contrat d'abonnement, vous empruntez auprès d'un établissement de crédit qui paie quant à lui l'intégralité de l'abonnement annuel à la salle de sport. Il en résulte qu'en cas de faillite et de fermeture de la salle en cours d'année, vous ne pouvez pour autant échapper

Tel est également le cas des abonnements téléphoniques. Vous payez à SFR ou à Orange en début de mois votre abonnement pour le mois à venir, même si vous payez en sus les consommations du mois passé qui n'étaient pas incluses dans le forfait¹.

Dans la même veine, il est rare que l'avocat ou le commissaire aux comptes accomplissent leurs prestations sans avoir reçu au préalable des provisions sur honoraires qui ne sont pas autre chose que des paiements partiels effectués généralement avant tout commencement d'exécution de la prestation.

Les textes viennent parfois confirmer de façon incidente la possibilité d'un paiement avant exécution de la prestation. Ainsi, afin de protéger le profane contre le professionnel, le Code de la construction et de l'habitation protège l'acheteur d'un immeuble en état futur d'achèvement en limitant le montant des paiements versés avant l'achèvement de la construction², ce qui signifie bien qu'à défaut de telles dispositions des paiements plus importants, voire un paiement intégral, seraient possibles.

b) L'exemple spécifique du pas-de-porte

105. Interdit pour les baux civils, mais licite pour les baux commerciaux, le pas-de-porte s'entend d'une « *somme versée par le preneur au bailleur en une seule fois au moment de son entrée dans les lieux* »³ et qui ne doit pas être confondue avec le dépôt de garantie ou le cautionnement.

Or, selon l'interprétation que fera le juge de la commune volonté des parties⁴, ce pas-de-porte pourra être qualifié d'indemnité ou de complément de loyers. La différence de qualification emporte des conséquences au niveau de l'application de la législation sur les baux commerciaux, mais aussi aux niveaux comptable et fiscal. Qualifié de complément de loyer⁵, il devra en être tenu compte pour le calcul du loyer révisé ou celui de l'indemnité d'éviction⁶. En tant qu'indemnité, le pas-de-porte a pour fonction d'indemniser la perte d'un élément du patrimoine du bailleur et constitue corrélativement l'acquisition d'un élément incorporel pour le preneur. Il s'ensuit que, du point de vue fiscal et comptable, le pas-de-porte constitue une immobilisation côté preneur et une indemnisation non imposable côté bailleur. Au contraire, lorsqu'il constitue un complément de loyer, le pas-de-porte est imposable⁷ au titre des revenus fonciers côté bailleur et déductible au titre des charges côté preneur.

aux paiements des mensualités à venir au prétexte que la prestation ne vous est plus octroyée, car votre créancier n'est plus la salle de sport qui ne fournit plus de prestation, mais l'établissement de crédit qui vous a bien quant à lui prêté l'intégralité de la somme nécessaire au paiement de votre abonnement annuel et à l'égard duquel ne peut être opposé l'inexécution de la prestation au contrat principal.

¹ Téléphonie non incluse dans le forfait, chaînes de télévision et locations de vidéos non incluses dans votre forfait.

² L'art. R. 261-14 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « *les paiements et les dépôts ne peuvent excéder* » 35% du prix à l'achèvement des fondations, 70% à la mise hors d'eau...

³ A. D'ANDIGNÉ-MORAND, *Baux commerciaux, industriels et artisanaux*, Delmas 2012, n°702.

⁴ Cass 12 mars 1958, *Rev. loyers* 1958 p. 287. Pour l'interprétation, la fixation au jour du contrat d'un loyer inférieur à la valeur locative constitue un indice important : Rép. min. n°13109, *JOAN* 4 juill. 1994, 3416.

⁵ Com. 29 mars 1966, *Rev. loyers* 1966 p. 470 et CA Paris 29 nov. 1966 *JCP G* 1966 IV 66.

⁶ CA Paris 19 mars 1962 *AJPI* 1962 p. 663 et com. 27 oct. 1966 *Rev. loyers* 1967 p. 37.

⁷ CE 24 févr. 1978 *RJF* 1978, 348, obs. Verny, CE 29 sept. 1989 n°68212, CE 10 oct. 1979, n°15483, CE 17 juin 1985, *Dr. fisc.* 1986, n°893 p. 586. CE 4 oct. 1978 *JCl loyer* ZB 10-1 n°17.

106. Ce qui intéresse ici, c'est le pas-de-porte en tant que complément de loyer. Il constitue en effet une « *modalité de fixation du loyer* »¹ et représente le paiement immédiat d'une partie de la jouissance postérieure, autrement dit un paiement antérieur aux dates proposées par les thèses matérialiste et périodique², avant l'occupation postérieure et avant chaque début de période fixée au contrat pour le paiement des loyers.

Il est paradoxal de remarquer que la pratique, qui pencherait davantage pour la thèse d'une naissance au stade de l'exécution du contrat de bail, est elle-même à l'origine du pas-de-porte qui montre au contraire que la créance de loyers naît avant l'exécution du contrat de bail, au moment où le pas-de-porte est payé.

C'est que les thèses contemporaines sont en réalité erronées, les loyers naissent avant l'occupation et avant les dates de début de période contractuelle fixée pour leur paiement. Il n'est d'ailleurs pas que le paiement antérieur de la créance qui peut le démontrer, la menace d'extinction ou d'inefficacité recèlent en effet des vertus identiques au paiement en matière de révélation de la date de naissance de la créance.

2/ La déclaration des échéances postérieures

107. Pour être menacée d'extinction ou d'inefficacité, encore faut-il qu'une créance existe, que sa date de naissance soit antérieure à la menace. Il faut donc que la créance soit née avant l'ouverture de la procédure collective pour qu'elle doive être déclarée. Avant la réforme du 26 juillet 2006, la sanction du défaut de déclaration résidait dans l'extinction de la créance³. Depuis la réforme, elle consiste en une inopposabilité à la procédure⁴, ce qui implique que le créancier ne pourra se payer qu'après distribution des dividendes, mais qu'il conservera ses recours contre ses garants, ce qui n'était pas le cas auparavant. Que ce soit avant ou après, pour être menacé de sanction, encore faut-il que le droit existe au jour où il est censé être déclaré. L'article L. 622-24 du Code de commerce dispose bien que doivent déclarer leurs créances « *les créanciers dont la créance est née antérieurement* »⁵ à l'ouverture de la procédure collective.

108. Or, cette obligation de déclaration à l'ouverture de la procédure collective touche les **intérêts postérieurs** à l'ouverture, ce qui montre que la créance d'intérêt était née pour le tout. Mais cette obligation de déclaration atteint également les échéances postérieures d'un contrat à exécution successive, ce qui prouve que le prix stipulé au contrat était né avant la survenance des termes postérieurs.

¹ A. D'ANDIGNÉ-MORAND, op. cit. n°702.

² Pour cette raison, lorsqu'il constitue un complément de loyer, il nous semble que sa charge doit comptablement être étalée au moyen d'une écriture de charges constatées d'avance en fin de chaque année, afin que le montant global soit étalé sur chacun des exercices durant le bail. Sur la comptabilisation des charges constatées d'avance : G. ENSELME, *Introduction à la comptabilité*, DCG 9, 14^{ème} éd., Litec, 2013, n°633.

³ Anc. art. L. 621-46 du Code de commerce, dernier alinéa, très anciennement art. 53 L. 25 janv. 1985 : « *Les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes* ».

⁴ Art. L. 626-6 du Code de commerce.

⁵ L'ancien art. L. 621-43 du Code de commerce ne mentionnait pas la naissance de la créance, mais son « *origine antérieurement au jugement d'ouverture* ». Tout le monde s'accordait cependant pour dire qu'il devait néanmoins s'agir de sa naissance.

Dans les deux cas se trouvent réfutées à la fois la thèse matérialiste et la thèse périodique par le droit des entreprises en difficulté. Ceci laisse pressentir que, peut-être, la thèse matérialiste de la naissance des créances ne concerne, pour une raison encore inconnue, que le privilège de procédure. La force et l'impact de ce dernier seraient parvenus à masquer le fait que la naissance de la créance de prix au jour du contrat avait également droit de cité en droit des entreprises en difficulté. La remarque est intéressante car alors **la thèse matérialiste n'est pas spécifique de la branche du droit des entreprises en difficulté, mais du seul privilège de procédure au sein de cette branche.**

Il convient dans l'immédiat de focaliser sur ces deux manifestations d'une naissance au jour du contrat. D'une part, les échéances successives d'un contrat non privilégié¹ doivent être déclarées comme le prévoient les textes (a), et d'autre part les intérêts à échoir doivent également être déclarés (b), ce qui montre leur naissance antérieure.

a) La déclaration des échéances postérieures d'un contrat non privilégié à exécution successive

109. Avant la réforme de 2005, l'article L. 621-44 du Code de commerce précisait que la déclaration devait comporter « *indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances* ». La réforme est venue confirmer que cela concernait les échéances postérieures d'un contrat à exécution successive, autrement dit une succession de termes et non pas seulement la créance à terme unique.

L'ancien article L. 621-44 précité est devenu l'article L. 622-25, inchangé dans sa rédaction. Mais la réforme ajoute un critère téléologique au privilège de procédure, si bien que des créances postérieures au sens du privilège de procédure peuvent ne pas bénéficier de ce dernier. Surtout, la réforme traite plus spécifiquement le cas des contrats à exécution successive, ce qui montre qu'ils étaient auparavant inclus dans l'article L. 621-44 du Code de commerce.

L'article L. 622-24 du Code de commerce dispose que « *les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive déclarent l'intégralité des sommes qui leur sont dues* » et l'article R. 622-22 al. 2 du Code de commerce vient en préciser les modalités en disposant que les créanciers dont les créances « *résultent d'un contrat à exécution successive déclarent leurs créances, pour la totalité des sommes échues et à échoir, sur la base d'une évaluation, dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture* ».

Il s'agit ici par hypothèses de créances qui ne sont pas privilégiées car elles ne répondent pas au nouveau critère téléologique. Elles doivent par conséquent être déclarées. **Le point de départ du délai de déclaration interpelle ici : le jugement d'ouverture.** Cela implique que la créance soit née avant celui-ci. Il s'induit donc bien de ce texte que la créance correspondant aux échéances successives postérieures au jugement d'ouverture était bien née pour le tout avant celui-ci, dès le jour du contrat. C'est en effet l'intégralité des sommes dues qui doit être déclarée. D'ailleurs, le troisième alinéa de l'article R. 622-22 du Code de commerce prévoit l'hypothèse où le contrat était souscrit après le jugement d'ouverture, où la créance était née après et il fait courir logiquement et

¹ Le schéma est aujourd'hui possible du fait de l'adjonction d'un critère téléologique au critère de date de naissance de la créance pour que les créances bénéficient du privilège de procédure. Il peut, en théorie et pour le moment, y avoir des créances postérieures non privilégiées car non utiles à la procédure. Sur le nouveau critère téléologique adjoint, cf. infra n°1184 et s.

inéluclablement le point de départ du délai de déclaration d'une date postérieure, la date de la première échéance impayée.

Il est possible de remarquer dès à présent qu'il existe une dualité des dates de naissance de la créance en droit des entreprises en difficulté. La thèse matérialiste sert à déterminer les créances bénéficiant du privilège de procédure. Mais la thèse classique d'une naissance de la créance au jour du contrat a de toute évidence également droit de cité. Cet aspect d'une dualité des dates de naissance de la créance au sein même du droit des entreprises en difficulté sera approfondi en seconde partie¹.

b) La déclaration des intérêts à échoir

110. Le prêt épuise sa prestation caractéristique dans la remise des fonds qui fait naître la dette de restitution. Mais les intérêts constituent le loyer de l'argent, ils sont la contrepartie de la jouissance des fonds octroyée. Dès lors, analogue aux loyers dans le bail, la même hésitation surgit pour les intérêts, ne devraient-ils pas naître successivement, *prorata temporis* au fur et à mesure de la jouissance des fonds.

Pourtant, dans un arrêt du 16 avril 1991, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir admis la déclaration de créance pour les intérêts échus avant le jugement d'ouverture, mais également pour « les intérêts postérieurs à cette date »².

3/ L'exigibilité anticipée des échéances postérieures

111. L'exigibilité d'une créance n'est autre que l'anti-chambre de son paiement. C'est la date à partir de laquelle le paiement peut être exigé et réclamé en justice à défaut de paiement volontaire suite à mise en demeure. Il relève donc d'une logique élémentaire que la créance doit être née pour être exigible. Pour cette raison, le paiement effectué avant le terme, avant la date d'exigibilité, n'est pas sujet à répétition, conformément à l'article 1186 du Code civil, car la créance existe avant le terme. Autre argument logique, l'exigibilité fait courir le délai de prescription de la créance, qui n'est autre qu'une menace d'inefficacité judiciaire. Or, pour pouvoir être menacée d'inefficacité, encore faut-il que la créance existe déjà.

Or, il ressort des développements qui suivent que tous les termes de loyers peuvent être immédiatement exigibles par le biais d'une déchéance du terme. Certes, cela n'arrive plus en pratique et relève davantage de l'histoire du droit. Cela ne change rien à l'apport théorique de ce constat. **Si**

¹ Cf. infra n°1158 et s.

² Com. 16 avr. 1991, n°89-19868, P. Il faut dire aussi que la doctrine majoritaire s'accorde sur le fait que les intérêts postérieurs qui ne sont pas suspendus, s'agissant de dettes de plus d'un an, ne bénéficient pas du privilège de procédure dont dispose l'art. L. 622-17 du Code de commerce (A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^{ème} éd., Litec 2013, n°486). Contra C. RÉGNAUT-MOUTIER, note sous com. 21 janv. 2004 *Act. proc. coll.* 2004-6 n°74 (ouverture de crédit qualifiée de promesse de prêt et donnant naissance à créance à concurrence des fonds utilisés seulement). Elles doivent donc être déclarées même pour les intérêts postérieurs. Et si leur montant précis n'est pas connu, la Cour de cassation exige que l'on déclare au moins leurs modalités de calcul : D. 2005, 108 et com. 2 mars 1993, *JCP E* 1993 p. 388 M. CABRILLAC. Appréciation extensive de la jurisprudence excepté pour les contrats à durée indéterminée : com. 6 mai 1997, *JCP E* 1997 II 996, D. LEGEAIS.

tous les termes de loyers ont pu être immédiatement exigibles, c'est bien qu'ils correspondent à une créance née pour le tout au jour du contrat et non pas à une pluralité de créances à naissances successives.

Les développements qui suivent portent sur la créance de loyer dans le bail commercial lors de l'ouverture d'une procédure collective chez le preneur. En la matière, le droit positif comporte les traces d'une évolution jurisprudentielle et légale qui a maintes fois montré que la créance de loyers naissait pour le tout au jour du contrat et non pas au fur et à mesure de l'occupation du local ou de la survenance des périodes successives d'échéances. Bien que les développements ne concernent que la créance de loyer, aucune raison ne s'oppose à une extension de leur apport théorique à tous les contrats à exécution successive.

112. Pascal Ancel a pu contester la possibilité d'une telle exigibilité anticipée des termes postérieurs d'un contrat à exécution successive, même à durée déterminée, en prenant l'exemple d'un contrat de travail¹. Comment peut-on imaginer que tous les salaires seraient immédiatement exigibles ? Mais si les salaires successifs ne peuvent effectivement pas être immédiatement exigibles, c'est à cause de la nature particulière de cette créance salariale et non pas à cause d'une absence de naissance antérieure de la créance². Ainsi, si l'on pense à la créance de rémunération d'un entrepreneur individuel pour un travail donné sur une période donnée et dont la rémunération serait étalée dans le temps, alors l'impossibilité d'une exigibilité immédiate ne s'impose plus à l'esprit.

La possibilité d'une exigibilité immédiate de tous les termes successifs ne relève pas de la spéculation, elle est une réalité. Des textes de droit positif impliquent une telle possibilité (a) et constituent la trace du fait historique que constitue l'exigibilité immédiate de tous les termes de loyers à l'ouverture de la procédure collective du preneur (b).

¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771, spéc. p. 799.

² L'impossible exigibilité anticipée des salaires réside d'après nous davantage dans l'ordre public de protection qui entoure le contrat de travail et commande de protéger le salarié. Si l'employeur se trouvait tenu de verser immédiatement tous les salaires à venir du contrat de travail à durée déterminée, le salarié serait tenté de jouir immédiatement de l'intégralité de la somme, si bien qu'ayant tout dépensé il se retrouverait rapidement dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins sans pouvoir pour autant mobiliser sa force de travail pour obtenir d'autres revenus puisqu'il est déjà engagé vis-à-vis d'un employeur jusqu'au terme de son contrat de travail. Le contrat de travail est la source essentielle et commune de revenus et de subsistance des salariés. Si le temps de son paiement est strictement régi par les textes, c'est pour permettre au salarié de gérer son budget au mois le mois, l'échelle mensuelle étant un juste milieu en termes de budget prévisionnel (A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM 1999 : l'auteur met en relief la mensualisation des revenus qui correspond à une mensualisation des charges dans notre société, afin que les premiers puissent couvrir les seconds). Un mouvement de mensualisation des dépenses récurrentes peut d'ailleurs se remarquer pour cette raison de gestion du budget. C'est donc d'après nous pour des raisons d'ordre public de protection que rien ne peut déroger au paiement mensuel des salaires, mais il s'agit toujours de la date de paiement, de la date d'exigibilité et non pas d'une date de naissance d'une pluralité de créances de salaires. En la matière, preuve que la créance de salaires naît pour le tout au jour du contrat, la saisie du salaire n'a pas à être renouvelée à chaque terme, le saisissant est payé au fur et à mesure de l'exigibilité. La créance saisie devant exister au moment de la saisie, si elle n'était pas née, le saisissant devrait renouveler sa saisie chaque mois. En outre, les textes ont dû disposer expressément en matière de procédure de surendettement des particuliers de la suspension de la saisie en cours des rémunérations, ce qui montre, pensons-nous, qu'il est fait exception légale expresse ici par le biais d'une fiction au transfert de propriété pourtant acquis au profit du saisissant de la créance de salaires.

a) L'exigibilité immédiate des termes successifs de loyers dans le droit positif

113. L'article L. 622-16 du Code de commerce¹ dispose que, « *si le bail n'est pas résilié, le bailleur ne peut exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes* ».

A contrario, si les sûretés données lors du contrat sont perdues et qu'il n'en est pas fourni d'autres jugées suffisantes, alors le bailleur peut exiger le paiement immédiat des loyers à échoir, de tous les loyers à échoir. Cette possibilité de réclamer tous les loyers à échoir montre bien que la créance de loyers naît avant la jouissance octroyée et avant les périodes successives d'échéances.

L'absence de cas d'application ne change rien à l'apport théorique quant à la date de naissance de la créance et quant à son mode de naissance, une naissance instantanée au jour du contrat pour toutes les échéances de loyers postérieurs. Ce texte est en réalité la réminiscence d'une ancienne jurisprudence rendue quant à l'exigibilité immédiate des dettes à l'ouverture de la liquidation judiciaire du preneur à bail. Il est intéressant de remonter le temps et de revoir cette jurisprudence du début du 19^{ème} siècle, mais également l'évolution qui en a résulté. Les hésitations entre la thèse d'une naissance au jour du contrat et les autres étaient en effet déjà présentes. Or, tant la jurisprudence que la loi ont fait le choix de la thèse classique d'une naissance pour le tout au jour du contrat. Le fait qu'il s'agisse là d'histoire du droit ne change rien non plus à l'apport théorique quant à la date de naissance de la créance de loyers et quant à son mode de naissance.

b) Le triple choix historique d'une naissance antérieure de tous les loyers postérieurs

114. Avant la loi du 13 juillet 1967, la problématique de l'exigibilité immédiate des créances à l'ouverture d'une faillite² avait défrayé la chronique dans son application au bail commercial. Elle rendait exigibles tous les termes postérieurs du bail commercial. Face à cet effet néfaste, une partie de la doctrine s'était clairement positionnée sur le terrain des thèses d'une naissance postérieure de la créance de loyer, au jour de l'occupation ou bien aux termes successifs. Cette proposition doctrinale qui permettait de contourner le problème simplement en apparence, sans l'exigence d'un texte nouveau, fut écartée à trois reprises.

1 - La jurisprudence prononçant l'exigibilité immédiate de tous les loyers postérieurs à l'ouverture de la liquidation judiciaire du preneur

115. Certes, ces solutions ne sont plus applicables aujourd'hui, mais il est possible d'en induire un apport théorique important, à l'époque clair et net : la créance de loyer naît instantanément, une et

¹ L'article est également applicable en cas de liquidation judiciaire, art. L. 641-12 du Code de commerce.

² C'est l'ancien art. 444 de l'ancien Code de commerce qui édictait l'exigibilité immédiate des dettes du failli.

unique au jour du bail ; les termes postérieurs de loyers ne constituant que des dates d'exigibilité successives et non pas des dates de naissances successives.

La jurisprudence appliquait à la créance de loyers l'article 444 de l'ancien Code de commerce disposant que toutes les dettes sont immédiatement exigibles à l'ouverture de la faillite¹. **Tous les termes postérieurs des loyers étaient immédiatement exigibles.** Ainsi, deux arrêts du 28 mars 1865 énonçaient clairement en chapeau :

« Attendu que d'après l'art. 1188 C. nap., le débiteur ne peut réclamer, en cas de faillite, le bénéfice du terme ; que l'art. 444 c. com., d'accord avec ce principe, dispose que le jugement déclaratif de faillite rend exigible à l'égard du failli les dettes passives non échues ; qu'il résulte de ces textes que le propriétaire bailleur a droit d'exiger de son locataire failli tous les loyers échus et à échoir ; que c'est ce que décide expressément l'art. 2102..., qui n'est qu'un corollaire des art. 1188 et 444 précités ; que si le propriétaire bailleur n'est pas payé de ces loyers, il a le droit, ou de se prévaloir du privilège constitué par l'art. 2102, ou de demander la résiliation du contrat conformément à l'art. 1184... »².

116. Par ces arrêts, la Cour de cassation avait opéré un choix en faveur de la thèse classique d'une naissance au jour du contrat, écartant par là même les thèses matérialiste et périodique. En effet, d'une part l'arrêt d'appel cassé se fondait sur l'absence de naissance de la créance au jour de la saisie, d'autre part les parties invoquaient devant la Cour de cassation les deux thèses d'une naissance de la créance de loyer postérieure au jour du contrat, une naissance au fur et à mesure de l'occupation des locaux ou bien une naissance aux échéances successives³.

Le bail commercial constitue une valeur qui peut être intéressante pour la collectivité des créanciers. Pour cette raison, il était prévu qu'en cas d'insuffisance des forces du débiteur failli, la masse des créanciers pouvait se substituer à lui et payer le reste des loyers à échoir. C'est la **faculté de relocation**. Le paiement immédiat permettait de consolider définitivement le droit à la jouissance future. Les créanciers pouvaient alors vendre le fonds de commerce y inclus le bail commercial ou encore uniquement relouer le local commercial. L'opération pouvait devenir très intéressante dans une période d'inflation du prix des loyers.

¹ Il n'y a plus d'exigibilité immédiate à l'ouverture de la procédure collective, mais l'exigibilité immédiate des créances est demeurée pour l'ouverture d'une procédure de liquidation.

² Cass. 28 mars 1865, D. 1865,1,201, note F. MOURLON. Le commentateur n'approuve cependant pas la solution car, d'après lui, la créance de loyers est une créance conditionnelle à naissance successive. Confirmation, cass., 15 févr. 1870, D. 1870, 1, 261, toujours au visa des art. 444 du Code de commerce, 1188 et 2102 du Code civil.

³ Les arguments des parties sont reproduits au *Recueil Dalloz* (pourvoi et réplique dans cass., 28 mars 1865, D. 1865,1,201). Le bailleur invoque la naissance antérieure de la créance de loyers à échoir tout en réfutant explicitement les thèses d'une naissance future des créances (créances conditionnelles ou créances éventuelles futures) : « Dans la réalité, le bail, dès que le consentement est intervenu, engendre entre le preneur et le bailleur des obligations immédiatement... ce mode de paiement n'a rien d'essentiel et le contrat ne cesserait pas d'être un bail si la location était faite pour une somme une fois payée. L'engagement du locataire peut être successif dans son exécution ; il est immédiat quant à son existence, et rentre par conséquent dans la catégorie des créances à terme auxquelles s'applique l'article 1188... La théorie qui ne la fait naître que postérieurement et qui la compose de prestations successives est fautive et ne saurait servir à soutenir le dispositif de l'arrêt attaqué ». À l'opposé, le répliquant invoquait une naissance successive des créances au soutien du rejet du pourvoi : « les obligations qu'il (le contrat de bail) engendre sont conditionnelles dans leur essence comme toutes celles dont la cause n'est point encore réalisée et qui par suite demeurera subordonnée à une éventualité... Le bail renferme par la force même des choses et par essence une véritable condition qui ne suspend pas seulement l'exigibilité, mais l'existence même de l'obligation du bailleur. Il la renferme sous la forme d'un terme, mais ceci ne change rien au principe parce que la condition se retrouve nécessairement dans toute stipulation de terme qui laisse place en même temps à une incertitude sur la réalisation dans l'avenir de la cause génératrice de l'obligation... ».

2 - Le reflux postérieur de la solution sur un fondement autre qu'une naissance successive de la créance

117. Seul comptait à l'époque le désintéressement des créanciers. Le sort du débiteur en faillite n'était pas pris en compte. Malgré tout, cette exigibilité immédiate de tous les loyers à échoir n'était pas sans poser de gros problèmes pratiques. Elle vidait la substance de l'actif du failli¹ pour satisfaire exagérément les intérêts du seul bailleur au détriment des autres créanciers. Pour ces raisons et face aux vives critiques de la doctrine et du monde des affaires, la jurisprudence jugulait cette possibilité du bailleur d'obtenir le paiement des termes de loyers à échoir lors du jugement de faillite.

À cet effet, il eut été très simple d'opter pour une naissance successive ou continue de la créance de loyers. Le problème aurait été immédiatement réglé. Une partie de la doctrine militait d'ailleurs activement en ce sens. Ce n'est pourtant pas le choix qui fut fait. Même dans ses manœuvres visant à éviter la solution, la jurisprudence conserva le principe d'une naissance antérieure des termes successifs de loyers.

118. En doctrine, Thiercelin² et Mourlon³ estimaient que la créance de loyer était à naissance successive. N'étant pas à proprement parler une créance à terme, l'exigibilité immédiate à l'ouverture de la faillite ne lui était pas applicable, si bien qu'il n'y avait rien à faire. Il n'y avait nullement besoin d'une intervention législative pour remédier aux problèmes. Tandis que Mourlon invoquait une créance conditionnelle⁴, Thiercelin la rejetait expressément et fondait davantage son raisonnement sur l'essence et la structure du contrat de bail. **Les thèses périodique et matérialiste remontent donc en réalité au moins à la deuxième moitié du 19^{ème} siècle.**

La question était cependant controversée. Des auteurs de grand renom comme **Demolombe⁵ et Laurent⁶ défendaient le principe de naissance instantanée pour le tout au jour du contrat.** Pour résoudre le problème pratique posé par l'exigibilité immédiate des termes postérieurs de loyers, ces

¹ La faillite à l'époque était synonyme de procédure collective aujourd'hui. La faillite aujourd'hui constitue une sanction.

² H. THIERCELIN, note sous cass. 18 déc. 1861, *D.* 1862, 2, 1.

³ F. MOURLON, note sous cass. 28 mars 1865, *D.* 1865, 1, 201. Pour une opinion similaire mais bien plus tard : C. BERTHAUX, *Des garanties du bailleur de locaux affectés au Commerce pour le paiement de ses loyers en présence de la Loi du 17 mars 1909*, th. 1914, p. 31 s.

⁴ Contrairement au créancier à terme, le créancier conditionnel, dont la créance est incertaine, peut certes aussi produire, mais il ne peut pas toucher, sa collaboration est mise en réserve en attendant que la condition se réalise ou défaille, que sa créance naisse donc (traité de droit commercial, Faillite, Liquidation judiciaire et Banqueroute, collectif, 1933, p. 31 et s.). Il faut reconnaître que, sur le plan pratique et prenant en compte la disparition de la masse des créanciers, la résolution du problème de la créance conditionnelle serait adaptée à celui de la créance à terme dont la prestation corrélative ne s'accomplira que plus tard car alors le paiement d'avance et pour le tout est nécessairement fait sous condition résolutoire que l'exécution se fasse jusqu'au bout, ce dont on peut fortement douter puisque le preneur risque de disparaître emportant la cessation du contrat avant l'arrivée du terme de celui-ci. Mais, de cette corrélation sur le plan des résolutions pratiques ne doit s'induire une identité de nature sur le plan théorique, ce que, d'après nous, Mourlon semble avoir opéré. Au demeurant, la consignation pour le tout laisse demeurer le gros problème de la mobilisation immédiate des fonds correspondant à tous les loyers futurs.

⁵ DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 1876, t. 2, n°581 s., critiquant au passage vertement les thèses d'une naissance successive et future des créances de loyers.

⁶ LAURENT, *Principes du droit civil*, 1878, t. 29, n°393 s.

auteurs considéraient qu'il fallait se placer sur le terrain spécifique de la déchéance du terme inhérente à la faillite et non pas sur celui de la date de naissance de la créance.

Si les loyers à échoir devaient être payés immédiatement, c'était parce que la déchéance dont dispose l'article 444 du Code de commerce ne serait pas une véritable déchéance du terme. Autrement dit, **ces auteurs entendaient trouver la solution, non pas sur le terrain du droit commun de la date de naissance des créances, mais sur celui du droit spécial de l'exigibilité immédiate en droit de la faillite.**

La déchéance en cas d'ouverture de faillite n'aurait qu'une vocation pratique. Pour éviter de compliquer la liquidation et les procédures de distribution, le créancier à terme prend part à la collocation « *comme si* » sa créance était exigible¹. Pour cette raison, édictant cette exigibilité immédiate, le législateur n'a pensé qu'aux créanciers à terme qui avaient déjà accompli leurs prestations, qui ne devaient plus accomplir de prestations au profit du failli, indépendamment de toute considération pour la date de naissance de la créance.

Surtout, la faillite ne devrait pas automatiquement rendre exigibles les loyers à échoir, car le gage en considération duquel le preneur a contracté n'est pas le gage général, la solvabilité générale du débiteur, mais plutôt le gage spécial qui lui est donné par la loi, les meubles meublant. Dès lors, aucune déchéance du terme ne devrait être prononcée tant que ce gage spécial n'est pas diminué du fait de la faillite, c'est-à-dire tant que ces meubles ne sont pas appréhendés par d'autres créanciers.

119. À nouveau, la jurisprudence se trouvait devant le choix des thèses en matière de date de naissance de la créance, conserver la thèse classique d'une naissance pour le tout au jour du contrat des créances postérieures ou adopter la thèse, alors nouvelle, d'une naissance successive ou continue de ces créances. Ce choix était alors indirect, la haute juridiction avait le choix des moyens pour résoudre le problème qui se présentait et sur lequel tout le monde s'accordait sur la nécessité de le résoudre, à savoir mettre fin à l'exigibilité immédiate des termes successifs de loyers.

Une seconde fois, la jurisprudence fit le choix de préserver la cohérence du système de droit privé, de suivre les auteurs de renom et **de préserver le principe de naissance au jour du contrat de la créance de loyer pour tous les termes postérieurs.** Le terrain choisi ne fut donc pas celui de la date de naissance de la créance, mais celui de l'exigibilité consécutive à l'ouverture d'une faillite. Un arrêt du 18 décembre 1861² était particulièrement clair. Il s'appuyait explicitement sur l'œuvre

¹ La règle se justifie par deux considérations, la perte de confiance dont il est montré qu'elle avait été mal placée, et l'évitement « des complications inutiles » dans la liquidation puisqu'il faudrait mettre en réserve les dividendes afférents aux créanciers dont les créances ne seraient pas encore exigibles. Le créancier à terme produit donc à la faillite comme si sa créance était échue (traité de droit commercial, Faillite, Liquidation judiciaire et Banqueroute, collectif, 1933, p. 31 s.).

² Cass. 18 déc. 1861, D. 1862, 2, 1, THIERCELIN : « *Considérant que l'exigibilité résultant de la faillite ne produit pas les mêmes effets que l'échéance ordinaire ; qu'elle a pour objet, non de donner au créancier à terme le moyen d'exercer individuellement une action contre le failli ou son syndic afin de se faire attribuer, à l'exclusion des autres créanciers et par préférence, la partie de l'actif nécessaire au paiement intégral de sa créance, mais uniquement de l'appeler à concourir aux opérations de la faillite, à y produire, à s'y faire admettre, et à prendre part aux répartitions comme si la créance était échue... qu'il (le bailleur) n'aurait ce droit (de se faire payer tous les loyers à échoir) que dans le cas de l'art. 2102 c. nap. sur le prix des meubles qui forment son gage, s'ils avaient été vendus, ce qui n'a pas eu lieu dans l'espèce... que cette solution n'est pas moins conforme à l'équité qu'à l'esprit de la loi... que c'est dans le but de prévenir ces conséquences et de donner une égale protection aux intérêts de la masse et à ceux non moins légitimes du propriétaire que la doctrine et la jurisprudence ont admis... que le maintien ou la résiliation du bail doivent dépendre du plus ou moins d'altération que l'état de la faillite a fait subir aux garanties sur lesquelles le bailleur a dû compter, ou de l'appréciation des sûretés équivalentes qui lui sont offertes. Qu'il ne reste donc plus qu'à examiner si, dans l'espèce, ces garanties ont disparu, si elles ont été diminuées, et s'il y a lieu pour le propriétaire de craindre que les loyers ne soient pas exactement payés ».*

créatrice commune de la doctrine et de la jurisprudence pour rendre sa solution. Il constituait sans doute un appel au législateur. Les dispositions législatives à venir y étaient d'ailleurs anticipées puisque l'arrêt prévoyait même l'appréciation par le juge de la suffisance des sûretés fournies au bailleur qui sera par la suite entérinée par le législateur. C'est cette intervention législative qui constitue la troisième persistance du choix pour la naissance au jour du contrat, le troisième rejet des thèses d'une naissance successive ou continue de la créance de loyers.

3 - L'intervention législative, signe de la mise à l'écart définitive des thèses d'une naissance successive ou continue pour résoudre le problème de l'exigibilité immédiate

120. Le législateur finit par intervenir par une loi du 12 février 1872¹ qui aménage le cas particulier du bail dans la survenance d'une faillite du preneur. Avec cette loi, les poursuites sont suspendues pour ce qui concerne le bail. La faculté du syndic d'empêcher la résiliation et de contraindre le bailleur de poursuivre le contrat est explicitement consacrée. Et la mise en œuvre de son privilège se trouve cantonnée aux deux dernières années échues², l'année courante et la suivante³. En outre, si la masse des créanciers reprend le bail à son compte et se substitue au failli, le bail se poursuit, mais avec paiement à l'échéance stipulée et non plus d'avance et pour le tout (ancien article 450 du Code de commerce).

Cette intervention du législateur contredit implicitement les thèses d'une naissance successive ou continue de la créance de loyers. En effet, l'avantage de ces thèses résidait dans l'absence de besoin de recourir au législateur pour régler la question. Dès lors, l'intervention de celui-ci écarte implicitement ces thèses et consacre la thèse classique d'une naissance unique et pour le tout au jour du contrat.

La lettre de la loi le confirme, car il est explicitement prévu la possibilité d'un paiement des loyers à échoir. Le paiement intégral de tous les loyers postérieurs peut être exigé dans l'hypothèse où les garanties du bailleur seraient diminuées, conformément à l'article 1188 du Code civil. Il faut entendre par là, non seulement le gage spécial du bailleur, les meubles meublants, mais également toute autre garantie qui aurait été octroyée au bailleur à l'occasion du contrat de bail. Même en cas de diminution desdites garanties, le juge conserve la possibilité de refuser une demande de paiement des loyers à échoir pour le cas où il jugerait les garanties offertes suffisantes malgré tout. Le texte a perduré à travers les modifications législatives et réformes successives. Comme précédemment exposé⁴, il figure aujourd'hui à l'article L. 622-16 du Code de commerce⁵.

¹ *Traité de droit commercial, Faillite, Liquidation judiciaire et Banqueroute*, collectif, 1933, p. 66.

² On pénalise ainsi le bailleur qui fut indigent dans le recouvrement de ses loyers.

³ Sans l'année suivante en cas de résiliation.

⁴ Cf. supra n°113.

⁵ L'article est également applicable en cas de liquidation judiciaire, art. L. 641-12 du Code de commerce.

La naissance antérieure de la créance correspondant aux échéances postérieures ne fut donc même pas abandonnée dans le cadre du cantonnement du privilège du bailleur en cas de procédure collective du preneur. L'idée d'un véritable terme auquel la créance préexiste a perduré¹.

B. L'existence d'une protection antérieure

121. Contrairement au paiement, toute mesure de protection ne nécessite pas la naissance de la créance. Les mesures conservatoires par exemple peuvent être prises afin de protéger une créance future dont l'existence est seulement probable. De même l'hypothèque conventionnelle peut être constituée en garantie d'une créance future².

Mais il est des mécanismes particuliers de protection des créanciers qui supposent l'existence préalable de la naissance antérieure de la créance et par conséquent sa naissance antérieure. Ce sont ceux qui reposent sur l'idée de maintien du droit de gage général des créanciers lorsqu'un événement exceptionnel vient substantiellement modifier le patrimoine de leur débiteur. Ces mécanismes supposent que la créance soit née dès avant la survenance de l'événement qui en est le déclencheur. Leur mise en œuvre peut donc éclairer la date de naissance de la créance, notamment quant aux échéances postérieures à l'événement. Si ces échéances peuvent bénéficier de la protection incarnée dans ce mécanisme, c'est qu'elles correspondent toutes à une seule créance née avant l'événement. À défaut, c'est qu'elles correspondent à une succession de créances nées après l'événement.

122. Il est un mécanisme de protection bien connu qui ne sera pas abordé ici, le cautionnement. C'est davantage le contrat à durée indéterminée qui nécessite d'aborder cette sûreté personnelle car les partisans des thèses contemporaines s'appuient sur la jurisprudence rendue en matière de résiliation unilatérale du cautionnement à durée indéterminée pour soutenir leur thèse en matière de contrats à durée indéterminée³. Mais la jurisprudence n'est pas explicite sur le fondement de cette solution qui pourrait s'expliquer par d'autres considérations que la date de naissance de la créance⁴. Au contraire, la jurisprudence est explicite sur le fondement de diverses solutions rendues en matière de contrats à durée déterminée qui vont toutes dans le sens d'une naissance de la créance pour le tout au jour du contrat⁵. La jurisprudence rendue en matière de cautionnement correspond donc à la thèse périodique dualiste. Si elle peut être invoquée au soutien de la thèse classique en matière de contrats à durée déterminée, elle ne sera cependant pas abordée dans l'immédiat afin d'éviter les redondances, de regrouper les questions afférentes au cautionnement et parce qu'il existe d'autres mécanismes de protection dont la mise en œuvre suffit à démontrer une naissance de la créance pour le tout au jour du contrat et à réfuter les thèses contemporaines.

¹ THALLER, *Droit commercial élémentaire*, traité Rousseau 1936, p. 1005, n°2018. Et, de l'aveu même d'un partisan d'une naissance successive car conditionnelle, C. BERTHAUX, *Des garanties du bailleur de locaux affectés au Commerce pour le paiement de ses loyers, en présence de la Loi du 17 mars 1909*, p. 31 s. : « combien d'efforts avaient été tentés pour amener la jurisprudence à abandonner ce principe. On aboutit seulement au vote de la loi de 1872 ».

² Art. 2421 du Code civil : « L'hypothèque peut être consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures. Si elles sont futures, elles doivent être déterminables ».

³ Cf. infra n°366 et s..

⁴ Cf. infra n°384 et s., spéc. n°390 et s.

⁵ Cf. infra n°367.

Cela se justifie d'autant que les autres mécanismes sont en nombre suffisant pour réfuter avec suffisamment de force les thèses contemporaines d'une naissance reportée au stade de l'exécution du contrat dans les contrats à durée déterminée.

Deux catégories de mécanismes de protection du créancier permettent de réfuter les thèses contemporaines d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat, l'octroi d'un privilège (1) et les mesures de protection déployée par le droit en cas d'opérations sur fonds de commerce (2).

1/ Le bénéfice d'un Privilège

123. L'article 2324 du Code civil définit le privilège comme « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaire* »¹. La mise en œuvre d'un privilège suppose donc l'existence de la créance qui en bénéficie. Or, en la matière nous pouvons déceler deux privilèges qui peuvent être actionnés pour protéger des échéances futures et avant même l'exécution de la contreprestation. Il s'agit du privilège du bailleur (a) et du privilège de séparation des patrimoines (b). Cette mise en œuvre montre que la créance protégée était née avant les échéances successives postérieures et l'exécution de la contreprestation future.

a) La couverture des loyers postérieurs par le privilège du bailleur

124. Il est apparu naturel que le bailleur d'immeuble puisse se faire payer par priorité sur les meubles garnissant les locaux loués. Ce serait d'ailleurs en comptant sur cette garantie que le bailleur donnerait son immeuble à bail. Pour cette raison, un privilège spécial est édicté à l'article 2332 1° du Code civil².

Si le privilège du bailleur s'applique à tous les baux, c'est surtout dans le cadre des **baux commerciaux** qu'il défraya la chronique car il doit alors **s'articuler avec les règles de la faillite**. Il ne faut pas perdre de vue en la matière que ce gage porte en réalité sur l'essentiel de la substance du gage général des créanciers puisque, tant les marchandises que le matériel d'exploitation, sont des meubles meublant des locaux commerciaux sur lesquels porte ce gage spécial³.

¹ Ancien article 2095 du Code civil. En droit romain, les privilèges ne constituaient qu'une priorité de paiement. Dans l'ancien droit que cette priorité de paiement a fusionné avec la technique d'affectation de biens au paiement (M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés* Litec, 9^{ème} éd. 2010, n°507) ; fusionnée et non pas substituée, la priorité de paiement est restée de l'essence du privilège, ce pourquoi le créancier privilégié se trouve « *préféré aux autres créanciers, même hypothécaire* ».

² Ancien article 2102 1° du Code civil. Ce privilège existait déjà en droit romain. Mais il s'agissait d'une hypothèque tacite parvenue dans le Code civil à travers les coutumes de Paris et d'Orléans (J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, traité 1996, n° 751 s.).

³ Remarquons que ces autres créanciers peuvent être des créanciers revendiquant ! Le privilège de bailleur a ceci de particulier qu'il peut permettre à ce dernier de l'emporter sur des biens meublants alors même qu'ils ne sont pas la propriété du preneur ! Ainsi le bailleur l'emporte sur le vendeur revendiquant du fait d'une clause de réserve de propriété. Pour un rappel récent : com. 16 nov. 2010 n°09-70765, P, au sujet de bouteilles de vin, la CA avait donné gain de cause au vendeur revendiquant qui en avait

125. L'article 2332 1° du Code civil dispose que ce privilège spécial du bailleur sert « *pour tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine* »¹.

Or, en prévoyant la garantie de tous les loyers à échoir par le privilège spécial du bailleur, le texte consacre nécessairement la naissance antérieure de tous les termes de loyers postérieurs à une éventuelle mise en œuvre du privilège.

Ce privilège est ici en étroite **corrélation avec l'ancienne exigibilité immédiate de tous les termes postérieurs du bail commercial en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire**². En effet, dans ce cas la jurisprudence avait décidé que tous les loyers postérieurs devenaient immédiatement exigibles, devaient être immédiatement payés et pouvaient donner lieu à saisie. Or, ce n'est qu'en cas d'exigibilité anticipée de tous les termes de loyers postérieurs que le privilège pourra servir à les couvrir car il n'est utile qu'en cas de concurrence avec d'autres créanciers pour le paiement des sommes qu'il garantit.

La déchéance du terme pourrait certes résulter de la mise en œuvre naturelle de l'article 1188 du Code civil, en cas de diminution des suretés données au contrat, mais la mise en œuvre du privilège suppose une concurrence entre créanciers³ qui a en principe lieu sur le terrain d'une procédure collective ouverte sur la tête du débiteur.

L'ouverture d'une liquidation judiciaire ne donne aujourd'hui plus lieu à l'exigibilité immédiate des termes postérieurs de loyers. Le sort du bail commercial est réglé depuis une loi de 1872 par des dispositions légales spéciales qui sont aujourd'hui localisées à l'article L. 622-16 du Code de commerce. L'exigibilité immédiate des loyers postérieurs est expressément écartée, mais pas totalement, uniquement si les garanties fournies au bailleur sont suffisantes. L'article dispose en effet que, « *si le bail n'est pas résilié, le bailleur ne peut exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes* »⁴.

126. Laurent Aynès et Pierre Croq ont pu soutenir que l'inclusion des termes à échoir dans le privilège du bailleur constituait une erreur terminologique de la loi⁵. Une telle interprétation ne

conservé la propriété, cassation de l'arrêt : « le privilège du bailleur d'immeuble porte sur tous les meubles garnissant le local loué, même s'ils appartiennent à un tiers, sauf s'il est établi que le bailleur connaissait l'origine de ces meubles lorsqu'ils ont été introduits dans ce local » (voir également : com. 24 juin 2009 n°08-1435). Pour cette raison, Thaller envisage la suppression du privilège du bailleur en remarquant que les faillites finissent le plus souvent par une liquidation au cours de laquelle le bailleur absorbe systématiquement le gage de tous les créanciers, y compris de ceux qui avaient fourni les marchandises non payées, mais vendues aux enchères car, présentes dans les locaux, elles étaient objet du privilège du bailleur (THALLER, Droit commercial élémentaire, traité Rousseau 1936, p. 1005, n°2018).

¹ L'exigence de date certaine s'explique par la crainte d'une collusion frauduleuse des parties au détriment d'autres créanciers (M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés* Litec, 9^{ème} éd. 2010, n°691).

² Cf. supra n°115.

³ J.-B. HARDOUIN, *Des garanties accordées au bailleur d'immeuble en droit romain, Du privilège du bailleur en droit français*, th. 1890, spéc. p. 126: l'auteur expose clairement que le bailleur ne peut obtenir le paiement des loyers à échoir que s'il se trouve en conflit avec d'autres créanciers sur l'objet de son gage, les meubles meublants. S'il se présente seul, qu'il n'est pas en concurrence, alors le privilège n'a pas lieu de jouer, il se présente en tant que créancier chirographaire uniquement et n'a le droit qu'au paiement des termes échus par la mise en œuvre des voies d'exécution de droit commun.

⁴ Également applicable en cas de liquidation judiciaire, art. L. 641-12 du Code de commerce.

⁵ L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. CROCQ, *Les sûretés : La publicité foncière*, Defrénois 2004, p. 232.

résiste cependant pas à l'existence d'une **faculté de relocation** prévue par le texte au profit des créanciers : « *dans ces deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur profit des baux ou fermages, à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû* ». Cette faculté de relocation forme le pendant de l'exigibilité immédiate et du paiement de tous les termes postérieurs du bail commercial. Elle permettait à la masse des créanciers de conserver la valeur que constitue le bail commercial, voire la valeur du fonds de commerce, car celui-ci dépend bien souvent de l'emplacement commercial. Par le paiement immédiat de tous les termes de loyers postérieurs, la jouissance future du bail commercial était immédiatement et irrémédiablement acquise. En cas d'insuffisance de fonds chez le liquidateur en faillite, la masse des créanciers pouvait compléter le prix, si toutefois elle jugeait l'opération intéressante pour elle. L'intérêt pouvait par exemple se présenter en cas de forte inflation du montant du loyer depuis que le contrat de bail avait été signé par le débiteur en faillite. Alors il était intéressant de conserver et de monnayer la valeur que constituait le droit au bail pour désintéresser au mieux les créanciers du débiteur en faillite.

Peuvent être cités comme exemples d'application un arrêt du 30 juin 1827¹ ainsi qu'un arrêt du 4 janvier 1860² qui explique assez clairement en chapeau le mécanisme mis en œuvre. À l'époque, à l'ouverture de la faillite, le bailleur avait le choix entre la résiliation du bail et le paiement des loyers à échoir. S'il optait pour cette dernière solution, il était colloqué et faisait jouer son privilège sur le prix de vente des meubles garnissant le bien loué pour tous les loyers à échoir. Si la vente dudit gage ne suffisait pas à payer tous les loyers à échoir, les créanciers pouvaient imposer³ au bailleur de poursuivre le bail en payant immédiatement le surplus des loyers à échoir non recouvert par la réalisation du gage, surplus qu'ils pouvaient limiter à la période pour laquelle ils souhaitaient relouer à leur profit l'immeuble⁴.

Certes, cette faculté de relocation apparaît aujourd'hui anachronique au regard du statut des baux commerciaux et du droit des entreprises en difficultés qui prévoit le transfert autoritaire des contrats nécessaires à l'activité dans le cadre d'un plan de cession. Il semble surtout improbable que les créanciers désirent et puissent payer tous les termes à échoir du bail commercial du débiteur en faillite, ce d'autant plus que la personnalité morale de la masse des créanciers a aujourd'hui disparu.

¹ Dans cette affaire, les autres créanciers voulaient être autorisés à relouer la ferme pour le temps qui restait à courir du bail alors que le bailleur n'avait été colloqué que pour le montant de ses loyers échus. La cour leur refuse cette possibilité en décidant que « ce n'était pas là le cas prévu » et en précisant que, si les loyers restants sont plus élevés que le gage, « *Le propriétaire n'a pas le droit d'exiger le paiement des loyers, dès qu'ils s'élèvent à une somme dépassant la valeur de son gage ; mais les créanciers sont libres de le lui offrir afin de profiter de la relocation* » (arrêt cité par J.-B. HARDOUIN, *Des garanties accordées au bailleur d'immeuble en droit romain, Du privilège du bailleur en droit français*, th. 1890, spéc. p. 149). Cette possibilité pour les créanciers d'imposer au bailleur la perception des loyers à échoir donna d'ailleurs lieu à un certain nombre de controverses. Le bailleur peut-il limiter son privilège et son paiement aux seuls loyers échus ? S'il fait la demande des loyers à échoir et que le prix de vente du gage ne suffit pas pour en payer l'intégralité, les créanciers doivent-ils intégralement payer le surplus des loyers à échoir pour profiter de la relocation et, si oui, doivent-ils effectuer un paiement immédiat ?

² Civ. 4 janv. 1860, *D.* 1860, 1, 35.

³ En cela, la solution de cet arrêt du 4 janv. 1860 est contraire à celle de l'arrêt du 30 juin 1827 précité, mais elle correspond mieux à l'esprit des textes qui est de permettre à la masse des créanciers de mobiliser le droit au bail, le droit de jouissance des locaux pour toute la durée du bail, actif du failli et à ce titre gage commun des créanciers.

⁴ Au final, on retrouve un peu l'application de l'art. 1184 du Code civil. À la faillite, le bailleur a le choix entre demander l'exécution ou la résiliation du bail. S'il demande la résiliation, il a droit à des dommages et intérêts. S'il ne la demande pas, il se ferme la possibilité d'en obtenir alors même que la durée du bail se trouverait réduite, parce que le gage n'aura pas été suffisant et les autres créanciers n'auront pas voulu se conserver l'exploitation du bien au-delà du gage ou n'auront décidé de l'exploiter au-delà, mais que pour une durée encore inférieure, en ne payant qu'une partie du surplus des loyers à échoir non recouverts par la réalisation du gage.

Cette faculté apparaît aujourd'hui concrètement peu praticable¹. Pour ces raisons, les exemples d'application s'avèrent extrêmement rares² et anciens.

Il n'en reste pas moins que cette faculté de relocation est toujours présente dans les textes et **qu'elle rend irréfutable la possibilité théorique d'un paiement anticipé de tous les loyers postérieurs** avec mise en œuvre du privilège du bailleur. **Même en l'absence d'applications pratiques, l'éclaircissement théorique demeure** : une consécration de la thèse classique d'une naissance de toute la créance de loyers au jour du contrat de bail et pour tous les termes postérieurs³ et la négation des thèses matérialiste et périodique d'une naissance continue ou successive de la créance de loyers. Il est dès lors compréhensible que les partisans de l'une de ces thèses, comme Catherine Golhen, trouvent insurmontable l'obstacle que constitue pour eux cette faculté de relocation et évacuent l'obstacle en considérant que cette faculté de relocation « *est incompréhensible* »⁴.

b) Le privilège de séparation des patrimoines admis pour les échéances postérieures au décès

127. Lorsqu'une personne décède, son patrimoine fusionne avec celui de son ou de ses héritiers, c'est là l'application de la fiction de continuation de la personne du défunt à travers ses héritiers. Il s'ensuit que, sauf cas d'indivisibilité⁵ de la dette, les créanciers du défunt doivent diviser leurs poursuites⁶ entre les différents successeurs. Mais cette fusion des patrimoines implique que ces mêmes créanciers du défunt peuvent poursuivre le paiement de leur créance sur le patrimoine du ou des héritiers au-delà des forces de la succession en cas d'acceptation pure et simple. Cela peut

¹ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PÉTEL, *Droit des sûretés Litec*, 9^{ème} éd. 2010, n°687.

² J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, traité 1996, n° 751 s.

³ DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 1868, t. 2, n°581 et s. : « *Que serait-il possible d'ailleurs de répondre à l'article 2102, 1^o, qui... le (le bailleur) traite manifestement comme un créancier à terme !* ». Et l'auteur cite un arrêt de la Cour d'Orléans d'après lequel les droits d'enregistrement du contrat de bail portent sur la totalité des loyers.

⁴ C. GOLHEN, th. op. cit. n°348. D'autre part, l'auteur développe une argumentation visant à démontrer l'impossibilité d'une déchéance du terme pour les contrats à exécution successive sur le terrain de l'art. L. 144-9 du Code de commerce qui dispose d'une telle déchéance et de plein droit du fait de la cessation d'un contrat de location gérance d'un fonds de commerce et pour les créances nées sur la tête du locataire gérant avant ladite cessation (th. op. cit. n°339). L'auteur expose que la jurisprudence sous l'article réfute toute déchéance du terme car les prétendus loyers postérieurs immédiatement versés sont en réalité des indemnités. Le raisonnement est erroné à plusieurs points de vue. Avant tout, les arrêts cités (Com. 14 oct. 1975, D. 1976, IR 8 et civ. 1, 3 mai 1972, n°70-13591, P) ne font en aucun cas application de l'article précité. Il n'est pas question de l'exigibilité immédiate des dettes contractées par le locataire gérant, mais des conséquences de la cessation du contrat de location gérance lui-même. L'auteur confond un bail qu'aurait souscrit le locataire gérant avec un tiers avec le bail du fonds de commerce que constitue la location gérance qui se trouve hors du champ de l'article dont l'application est justement conditionnée par la cessation du contrat de location gérance. La somme à laquelle le locataire gérant est condamné n'est pas, dans ces affaires, une dette à exécution successive immédiatement exigible, mais simplement l'application d'une clause pénale stipulée au contrat de location gérance pour la cessation avant terme de celui-ci. Au surplus, non seulement il ne s'agissait pas de cas d'application de l'art. L. 144-9 du Code de commerce, mais en plus le raisonnement nous semble biaisé car il fait fi de la condition résolutoire qui implique la réfaction des obligations en cas de diminution de la durée du contrat par résiliation anticipée. Autrement dit, ce n'est pas parce que le montant des loyers à échoir auquel est condamné le locataire gérant ne peut être qualifié que d'indemnité puisque le contrat n'est pas poursuivi qu'il n'est pas possible d'imaginer un cas d'exigibilité immédiate des termes futurs qui ne serait envisageable, par définition, que dans l'hypothèse où le contrat serait poursuivi jusqu'au terme. On peut envisager à titre d'exemple une clause de déchéance du terme en cas de non paiement d'une échéance à la date convenue ou pour toute autre raison. Nous n'avons certes malheureusement pas trouvé d'exemple d'application de l'exigibilité immédiate de l'article L. 144-9 du code de commerce à un contrat à exécution successive qu'aurait souscrit le locataire gérant, mais, ce qui importe, c'est de bien souligner qu'il n'existe pas non plus d'arrêt rendu en application de cet article qui réfuterait une telle possibilité.

⁵ Naturelle ou juridique.

⁶ Art. 1220 du Code civil. Ceci implique que le créancier supporte le risque d'insolvabilité d'un cohéritier. Au contraire, en cas de recours entre cohéritiers dans l'hypothèse où l'un d'eux aurait payé au-delà de ses parts et portions, le risque d'insolvabilité de l'un d'eux est réparti entre chacun de ceux demeurant solvables.

avantager les créanciers si le défunt était insolvable, mais cela peut s'avérer dangereux pour eux dans l'hypothèse où c'est l'héritier qui n'est pas solvable. Dans ce cas, les biens du défunt, qui représentaient jusqu'au décès le gage exclusif de ses créanciers, vont se trouver en partie absorbés par les créanciers de l'héritier insolvable. Pour cette raison¹, il est apparu souhaitable et équitable de protéger le gage général des créanciers du défunt en leur accordant, malgré la fusion des patrimoines, un privilège sur les biens que l'héritier tient du défunt. Cette survivance fantomatique du patrimoine du de cujus, gage général de ses créanciers, se fait au moyen du mécanisme de privilège de séparation des patrimoines², dont la dénomination est en vérité certes impropre³ mais évocatrice. Malgré le décès, une dissociation est maintenue entre le patrimoine de l'héritier et le patrimoine du défunt afin que les créanciers de ce dernier ne soient pas concurrencés sur les biens qui constituent leur gage exclusif.

Plus concrètement, ce privilège de séparation du patrimoine peut prendre deux formes selon que l'on se place ou non durant une éventuelle indivision post successorale ou non⁴.

S'il y a indivision successorale⁵ du fait d'une pluralité d'héritiers, les créanciers successoraux bénéficient d'une position particulièrement favorable puisqu'ils peuvent jusqu'au partage⁶ procéder à des voies d'exécution forcée directement sur les biens de l'indivision, tandis que les créanciers personnels des héritiers ne le peuvent pas et ne peuvent pas non plus appréhender la quote-part indivise de l'héritier. Cette position favorable provient du fait que l'indivision n'est que l'émanation active du patrimoine du de cujus. Elle est le gage des créanciers du défunt préservé sous forme d'indivision. Cette solution est apparue comme naturelle et fut consacrée en jurisprudence par l'arrêt Frécon⁷. Elle se fonde aujourd'hui textuellement sur l'article 815-17 du Code civil.

¹ C. JUBAULT, *Les successions, Les libéralités*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 2010, n°974 : c'est la sécurité des créanciers successoraux qui suppose de maintenir, autant que possible leurs prévisions relatives à leur droit de gag initial.

² M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions, Litec*, 6^{ème} éd. 2001, n°628 s.

³ M.-C. FORGEARD et R. CRÔNE et B. GELOT, *Le nouveau droit des successions et des libéralités, Loi du 23 juin 2006, Commentaire et formules*, Defrénois 2007, n°234. Le terme est effectivement impropre car il n'y a pas deux patrimoines, mais bel et bien un seul, celui de l'héritier dans lequel est venu se fondre au moment du décès le patrimoine du de cujus. Il ne faut à cet égard pas perdre de vue que, sauf le cas d'acceptation sous bénéfice de l'actif net, les créanciers du de cujus peuvent toujours poursuivre le ou les héritiers sur leurs biens personnels. Simplement, tout comme ils peuvent passer avant les créanciers personnels de ces derniers sur les biens issus de la succession, les créanciers personnels peuvent également leur passer devant pour ce qui concerne les biens personnels. C'est là une nouveauté de la réforme de 2006, la réciprocité du privilège dont dispose aujourd'hui l'art. 878 du Code civil.

⁴ C. JUBAULT, *Les Successions, Les libéralités*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 2010, n°959, 975 et 1014.

⁵ Remarquons que l'indivision n'a pas la personnalité morale, ce n'est qu'une copropriété théoriquement démunie de dettes autonomes. L'art. 815-17 du Code civil atténue l'inexistence d'un passif corrélatif de cette masse de biens en ajoutant aux créanciers successoraux des créanciers de l'indivision, dont la créance est née à l'occasion de la gestion de cette dernière.

⁶ Pour bénéficier de l'efficacité de l'art. 815-17 du Code civil, à savoir un droit exclusif et rapide sur les biens de l'indivision, les créanciers du de cujus sont cependant tributaires de l'existence d'une indivision qui suppose une pluralité de créancier, mais aussi du maintien de cette indivision. Autrement dit, l'indivision doit encore exister au jour de leur poursuite, il ne doit pas y avoir eu partage. La remarque est importante. D'une part, les créanciers successoraux ne peuvent s'opposer au partage, ils n'ont pas de droit d'opposition au partage, contrairement aux créanciers des copartageants (art. 882 du Code civil où on craint un partage des biens indivis en leur défaveur). Tout au plus pourraient-ils tenter d'attaquer le partage par la voie de la fraude ou de l'action paulienne. D'autre part, les créanciers peuvent très bien ne pas pouvoir poursuivre avant partage, car leur créance peut parfaitement être une créance à terme, terme que le décès n'a pas remis en cause du fait de la continuation de la personne du de cujus à travers l'héritier. Or, pour pouvoir poursuivre, encore faut-il se prévaloir d'une créance exigible, ou, pour une saisie conservatoire, il faut qu'il prouve la menace du recouvrement.

⁷ Req. 24 déc. 1912, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz 12^{ème} éd. 2006, n°104 : « malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, le gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant continue, même après son décès, et ce jusqu'au partage, de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité toute entière ».

En l'absence d'indivision ou après partage s'il y a eu indivision, le privilège de séparation du patrimoine se traduit par un droit de préférence sur les biens que l'héritier tient de la succession dont dispose l'article 878 du Code civil. L'efficacité de ce privilège suppose toutefois que le créancier ait pris soin de l'inscrire s'il s'agit d'immeuble¹ ou de s'en prévaloir pour les meubles². Cela suppose dans tous les cas que les biens soient encore présents et individualisables dans le patrimoine du de cujus au moment de l'invocation ou de l'inscription.

128. Dès lors, le décès constitue un événement qui permet d'éclairer la date de naissance des créances selon que celles-ci bénéficient ou non l'objet de ce privilège de séparation des patrimoines. S'il leur est appliqué, c'est que ces créances sont l'émanation du patrimoine du de cujus et qu'elles étaient nées avant le décès. Si au contraire il ne leur est pas appliqué, c'est qu'il s'agit de créances nées après le décès, directement sur la tête de l'héritier. Ainsi, pour savoir quand sont nées les créances correspondant aux échéances postérieures au décès d'un contrat à exécution successive souscrit et commencé antérieurement par le défunt, il suffit de rechercher si ces échéances postérieures se voient appliquées ou non ledit privilège du patrimoine.

Si nous prenons l'exemple du contrat de bail, le défunt serait preneur à bail et il faudrait alors se demander si les loyers postérieurs du contrat de location continué malgré le décès pourraient ou non bénéficier de ce privilège de priorité sur les biens que l'héritier tient du défunt. Dans l'affirmative, cela signifie que les termes successifs correspondent en réalité à une créance unique née avant le décès, ce pourquoi elle constituait un élément du patrimoine du de cujus susceptible de se voir appliquer le bénéfice de division du patrimoine. Dans la négative, ces échéances postérieures correspondent à une pluralité de créances qui naissent successivement après le décès.

129. La situation se présentait dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 mai 1938³. Dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat d'assurance de chose souscrit par le défunt avant son décès et la question était de savoir quel sort il fallait réserver aux primes dues après le décès. S'agissait-il de créances successives nées postérieurement au décès, auquel cas elles ne

¹ L'art. 878 du Code civil renvoie à l'art. 2383 du même Code. Véritable privilège immobilier spécial, le privilège doit être inscrit dans les quatre mois du décès pour prendre rang au jour du décès, il dégénère au-delà en hypothèque prenant rang au jour de son inscription (C. JUBAULT, *Les successions*, op. cit. n°982), ce qui suppose pour cette dernière hypothèse que l'immeuble soit encore la propriété de l'héritier au jour où le créancier prend inscription. Remarquons que les créanciers peuvent inscrire leur privilège alors même que leur créance n'est pas encore exigible. Il s'ensuit qu'en cas de vente du bien avant le terme de la créance inscrite, la technique de la purge des inscriptions pourrait parfaitement entraîner un paiement anticipé du débiteur inscrit.

² Le privilège s'exerce par tout acte manifestant au créancier concurrent l'intention d'être préféré (art. 879 du Code civil). Certes il faut se prémunir une preuve de cette manifestation, notamment au moyen d'une notification par recommandé AR. Mais surtout, cela suppose que le bien hérité soit, non seulement encore dans le patrimoine de l'héritier au jour de cette manifestation, mais également individualisable. Surtout, concernant les meubles, le privilège doit être exercé dans les deux ans du décès (art. 881 du Code civil). Il ne nous semble pas qu'il puisse être exercé avant terme. Or, le décès ne rend pas immédiatement exigibles les créances du de cujus (sauf pensons-nous aujourd'hui en cas d'acceptation sous bénéfice d'actif net). Il s'ensuit que la vente par l'héritier ou l'appréhension du bien par l'un de ses créanciers ne pourrait théoriquement pas être empêchée si la créance invoquée par le créancier successoral ne vient à terme que plus de deux ans après le décès, ce qui peut très bien être le cas par exemple dans l'hypothèse d'un prêt. Il ne reste dans cette hypothèse au créancier successoral que la possibilité de tenter une saisie conservatoire qui nécessite la preuve du péril futur de son recouvrement, ce qui n'est pas évident, sans compter que la saisie conservatoire n'emporterait alors pas la préférence dont dispose l'art. 878 au profit de ce créancier successoral sur les créanciers personnels.

³ Soc. 16 mai 1938, S. 1939, I, 281, VIALLETON. Il s'agissait dans l'espèce d'un contrat d'assurance de chose à durée indéterminée. Le commentateur n'approuve cependant pas l'arrêt, il devait d'après lui y avoir naissance successive d'une pluralité de créances de primes nées des termes prévus au contrat, les primes postérieures ne devant dès lors pas bénéficier du privilège de séparation du patrimoine d'après l'auteur.

pouvaient bénéficier du privilège de séparation du patrimoine. Ou au contraire ces primes successives postérieures correspondaient-elles à une seule dette née avant le contrat et dont seule l'exigibilité était successive et comportait des termes postérieurs au contrat, auquel cas la compagnie d'assurance pouvait invoquer le privilège de séparation du patrimoine pour obtenir un paiement prioritaire voire exclusif par rapport aux créanciers personnels de l'héritier. La chambre sociale opta pour cette seconde solution, **les primes postérieures pouvaient bénéficier du privilège de séparation des patrimoines** d'où il s'infère que ces primes correspondaient bien à une créance née antérieurement au décès. La créance de primes ne naît donc pas des périodes prévues au contrat, que ce soit les débuts ou les fins de période puisque toutes les primes postérieures correspondaient à une créance antérieure.

Certes, la solution est à présent obsolète puisque le Code des assurances aménage aujourd'hui explicitement en son art. L. 121-10 al. 1^{er} les effets du contrat d'assurance de chose sur une transmission de la chose assurée par cession ou décès. Cela ne change rien à l'apport de l'arrêt sur le plan de la théorie générale des obligations, quant à la date de naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive. Ces créances ne naissent pas des termes à échoir successifs.

130. Philippe Durnerin¹ s'est employé dans sa thèse sur le passif successoral à analyser la date de naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive afin de déterminer si le privilège de séparation du patrimoine devait ou non s'appliquer aux termes successifs prévus au contrat. À l'issue de son analyse, l'auteur opte pour l'opinion d'après laquelle les termes successifs d'un contrat à exécution successive correspondent à une créance unique née au jour du contrat. Il achève ses développements par l'exemple d'un contrat de bail d'une durée de dix ans souscrit par le de cujus avant son décès pour conclure au maintien du bénéfice de séparation du patrimoine jusqu'au paiement de la dernière échéance.

131. Une dernière remarque s'impose bien qu'elle ne corresponde pas à un mécanisme de protection et qu'elle aurait davantage lieu de cité au titre de la naissance antérieure de la créance en tant que bien. L'aborder ici se trouve approprié dans la mesure où il s'agit d'un argument également fondé sur le mécanisme de séparation du patrimoine abordé ici. La survivance du patrimoine du de cujus que crée le privilège de séparation des patrimoines concerne certes les dettes inscrites au passif de celui-ci, mais elle joue également sur les créances figurant à son **actif**, en tant que biens objet du privilège.

Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 26 févr. 1849², les créanciers de l'héritière se disputaient avec les créanciers successoraux les montants des fermages (les loyers d'une ferme) dont une partie était postérieure au décès de la défunte. La Cour donna gain de cause aux créanciers de la défunte qui invoquaient le privilège de séparation des patrimoines pour passer avant les créanciers personnels de l'héritière quant aux loyers même postérieurs.

Puisque les fermages postérieurs au décès constituent le gage prioritaire des créanciers successoraux, c'est que la Cour d'appel considère nécessairement que ces loyers, mêmes postérieurs, correspondent à une créance antérieure en tant que bien acquis par la défunte avant son décès, ce malgré le caractère

¹ P. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, LGDJ, 1992, n°56.

² Caen, 26 févr. 1849, *DP* 1851, 2, 236.

postérieur des termes. Il en résulte que la créance de loyers postérieurs au décès était née pour le tout avant celui-ci, qu'elle naît avant les périodes contractuelles représentées par les termes successifs de paiement, non seulement avant les fins de périodes, mais pareillement avant les débuts de périodes puisque ce sont tous les termes postérieurs qui correspondaient à une créance née avant décès.

2/ Le bénéfice de la protection prévue pour les opérations sur fonds de commerce

132. En matière de fonds de commerce, il est prévu par les textes différents mécanismes de protection des créanciers pour différentes raisons. Un droit d'opposition au prix de vente du fonds de commerce protège les créanciers du vendeur car le fonds de commerce constitue souvent la valeur essentielle et principale du patrimoine de leur débiteur (a). Un mécanisme de solidarité légale des dettes permet de prévenir le défaut d'information des créanciers professionnels du changement de gestionnaire du fonds de commerce durant les six mois suivant sa mise en location gérance (b). Le premier mécanisme protège tous les créanciers, le second se cantonne aux titulaires de créances nées à l'occasion de l'exploitation du fonds. Mais, dans tous les cas, la mise en œuvre jurisprudentielle montre que les créances naissent avant l'exécution postérieure et avant la survenance des échéances successives postérieures à la vente ou à la mise en location gérance du fonds.

a) L'opposition sur le prix de vente du fonds de commerce pour les échéances postérieures à la cession

133. Après avoir exposé les principes applicables dont on retiendra surtout que le droit d'opposition ne peut être invoqué que pour la protection d'une créance née avant la cession du fonds (1°), il sera induit de la protection des échéances postérieures à ladite cession qu'elles correspondent à une créance née avant et non pas à une succession de créances qui seraient nées après la cession (2°).

1° - La naissance antérieure des créances invoquées au titre de l'opposition

134. Le fonds de commerce ne constitue pas une personne morale, c'est un bien incorporel auquel n'est en principe attaché aucun passif¹. Par conséquent, d'un côté le gage général accordé aux fournisseurs de l'exploitant du fonds n'est autre que celui correspondant au patrimoine de la personne physique ayant contracté, d'un autre côté le fonds de commerce constitue généralement l'actif le plus important de ce patrimoine, la substance même du gage général accordé aux créanciers du cédant. Pour ces raisons, diverses mesures sont prises pour tempérer l'application stricte de la

¹ Sauf à considérer certaines créances attachées au fonds par un intuitu rei auquel cas il s'agirait d'obligations propter rem dont le débiteur se trouve désigné, non pas nommément, mais par sa qualité de propriétaire du fonds de commerce auquel elles seraient attachées. Cependant, le concept d'obligations propter rem n'a pas été consacré en la matière, même s'il arrive que la jurisprudence consacre le transfert automatique de certaines créances qui ne sont en réalité utiles que pour le propriétaire du fonds de commerce (O. DESHAYES, *La transmission des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, th. 2003 LGDJ).

théorie classique du patrimoine afin de protéger les créanciers, non seulement ayant contracté pour l'exploitation du fonds, mais également personnels de l'exploitant du fonds de commerce en cas d'opérations sur celui-ci¹. La cession du fonds de commerce figure au premier rang de ces opérations à risque pour lesquelles le législateur aménage un mécanisme de protection.

En cas de cession du fonds de commerce, tous les créanciers du cédant, qu'ils aient ou non contracté à l'occasion de l'exploitation du fonds, disposent d'un droit d'opposition sur le prix de vente du fonds de commerce. L'article L 141-14² du Code de commerce dispose que « *Dans les dix jours suivant la dernière date des publications..., tout créancier du précédent propriétaire, que sa créance soit ou non exigible, peut former... opposition au paiement du prix...* ».

135. De façon générale, l'opposition constitue la manifestation de volonté destinée à empêcher l'accomplissement d'un acte juridique ou à en neutraliser les effets³. Martine Behar-Touchais regroupe les droits d'opposition visant à protéger une créance par leur finalité spécifique, « *prévenir les conséquences préjudiciables par un changement dans le patrimoine du débiteur qui affectera substantiellement le droit de gage général du créancier* »⁴. Tel est le cas du droit d'opposition sur le prix du fonds de commerce qui permet à tout créancier du débiteur de faire valoir ses droits sur le prix de cession du fonds de commerce. Dès le jour de la vente, avant même toute opposition, le prix de cession demeure indisponible et l'acquéreur ne peut s'en défaire⁵ tant que le délai d'opposition de dix jours à compter de la dernière publication dans un JAL ne s'est pas écoulé⁶.

Bien que le texte prévoie la possibilité de faire opposition au titre d'une créance non échue, la cession du fonds de commerce n'engendre pas l'exigibilité immédiate des dettes du cédant⁷. Et le droit d'opposition ne constitue pas une mesure d'exécution forcée⁸. C'est une mesure conservatoire

¹ Pour ne mentionner que les mesures visant à protéger les créanciers chirographaires, on peut distinguer trois types d'opérations, la cession qui nous intéresse tout particulièrement ici, mais aussi la location gérance et l'apport en société.

Concernant la location gérance, l'exigibilité immédiate des seules dettes afférentes à l'exploitation du fonds constitue la mesure de protection adoptée, facultative lors de la mise en location gérance si les juges considèrent que le recouvrement des dettes est menacé (art. L. 144-6 du Code de commerce), mais systématique et automatique, de plein droit, lors de la cessation du contrat de location gérance (art. L. 144-9 du Code de commerce). À cela s'ajoute un troisième mécanisme de solidarité du cédant pour les dettes contractées les 6 mois suivant la publicité au JAL de la mise en location gérance reposant sur le souci de laisser le temps aux contractants habituels d'en être informés (art. L. 144-7 du Code de commerce) qui s'articule avec l'inopposabilité de la mise en location gérance tant que le propriétaire du fonds ne sera pas radié du RCS (art. L. 123-8 du Code de commerce, cet article s'appliquant également au cas de cession du fonds de commerce).

Pour ce qui concerne l'apport en société, il est prévu une procédure de déclaration au greffe du Tribunal de commerce de tout créancier du débiteur apporteur avec à l'issue l'annulation de l'apport ou la solidarité de la société bénéficiaire de l'apport pour le passif déclaré (art. L. 121-22 du Code de commerce).

² Initialement, article 3 al. 4 de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Assoc. Henri Capitant, Puf, 2011.

⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, Rapport de synthèse, colloque CEDAG du 30 mars 2006, « Existe-t-il un droit d'opposition, prérogative conservatoire des droits de créance ou des droits intellectuels ? », *LPA* 2007, n°68, p. 45 et s., spéc. n°33.

⁵ Sauf cas de remise à un séquestre où le prix demeure toujours indisponible, mais entre les mains de ce dernier.

⁶ CA Paris 17 avr. 1945, *GP* 1945, 2, Jur. p. 157 : l'arrêt rapporté précise incidemment que « *le créancier du vendeur doit avoir été créancier au moment de la publicité de la vente* ». Le commentateur expose que, si la loi ne précise pas formellement cette condition, elle paraît bien résulter de l'ensemble des textes, en particulier de l'exigence de la publicité.

⁷ Contra : F. MONTIER et G.-H. FAUCON, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce, Commentaire théorique et pratique de la Loi du 17 mars 1909*, Paris, 1912, p. 203, n°186. La solution est d'après nous erronée, aucun texte ne prévoit de déchéance du terme en cas de vente par le débiteur de son fonds de commerce.

⁸ Le droit d'opposition ne fait pas obstacle à la saisie d'un tiers (Civ. 2, 6 juill. 2000, *D.* 2000, AJ 371). Il ne donne pas droit non plus à un paiement privilégié sur le prix de cession immobilisé par rapport à tout autre créancier. Tous peuvent participer à une procédure de distribution postérieure. Seul le cas d'affectation spéciale à la suite d'une procédure de cantonnement réserve exclusivement la garantie alors constituée au profit des créanciers opposants (A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2^{ème} éd. 1948, n°357).

qui peut néanmoins déboucher sur un paiement anticipé. En effet, l'opposant bloque le prix de cession du fonds de commerce, son opposition « *prolonge l'indisponibilité légale au-delà du délai d'opposition* »¹. Seul le paiement permet d'obtenir la mainlevée². Il en résulte qu'en cas d'opposition de la part d'un créancier à terme, le seul moyen d'obtenir la mainlevée avant la survenance du terme réside dans le paiement volontaire anticipé du créancier à terme. À défaut, l'indisponibilité et le séquestre des fonds durent aussi longtemps que la dette subsiste, tant que le terme n'est pas survenu et que le paiement n'a pas été opéré et, en cas de termes successifs, tant que toutes les échéances successives n'ont pas été honorées, mais nous anticipons déjà ici les développements à venir.

Le droit d'opposition implique donc la possibilité d'effectuer un paiement anticipé et par conséquent l'existence de la créance au titre de laquelle il est formé opposition. Tel n'est pas tout à fait le cas de toute mesure conservatoire puisque la saisie conservatoire supporte une créance simplement fondée en son principe³. C'est sans doute pour ces raisons que, lors d'un colloque du 30 mars 2006 consacré au droit d'opposition⁴, les auteurs avaient semblé classer le droit d'opposition au prix de vente du fonds de commerce parmi les « *faux droits d'opposition* » qui cacheraient de véritables voies d'exécution similaires à une saisie attribution, alors que tel n'est pas le cas, parce que ce droit d'opposition implique une pression sur le débiteur et peut emporter paiement volontaire anticipé de la créance pourtant à terme sans que cela ne s'impose pour autant.

¹ A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2^{ème} éd. 1948, n°354.

² Si la créance existe. Lors de l'exercice de l'opposition, seuls la cause et le montant de la créance invoqués doivent être déclarés. Il n'y a pas de procédure de vérification de la créance. Mais il existe une procédure accélérée de mainlevée auprès du président du Tribunal de commerce à l'art. L. 141-16 du Code de commerce qui pousse à introduire une instance au fond si la réalité du droit est contestée par le cédant du fonds de commerce, ce afin de pallier aux oppositions abusives. Il en résulte que la mainlevée peut être obtenue si la créance invoquée n'existe pas, soit de façon présomptive en cas d'application de la procédure accélérée de référé, soit à l'issue d'une instance au fond engagée sur le sujet. Mais, si la créance existe et que donc l'opposition est légitime, alors la seule façon d'obtenir la mainlevée réside bien dans l'obtention du paiement, quoique puisse être envisagée une renonciation du créancier à son droit d'opposition, par exemple si le débiteur lui propose des garanties suffisantes en échange. Mais, quoi qu'il en soit, le mécanisme du droit d'opposition implique qu'il puisse y avoir paiement anticipé et que, par conséquent, l'admission d'une opposition implique de facto que la créance invoquée pour faire cette opposition était née dès avant le jour de publication de la cession du fonds de commerce au JAL. Remarquons ici une différence importante d'avec la saisie conservatoire. La finalité d'une mesure conservatoire réside certes toujours dans le paiement. Ainsi, Messieurs Donnier écrivent au sujet de la saisie conservatoire que la mainlevée « peut intervenir à tout moment c'est-à-dire pendant toute la durée de la mesure conservatoire et jusqu'à l'issue consistant soit dans le paiement volontaire soit dans le paiement forcé (M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8^{ème} éd. 2009, n°478). Mais il existe tout de même une condition supplémentaire pour la saisie conservatoire, son l'octroi et son maintien sont conditionnés par la preuve d'une mise en péril, d'une menace du recouvrement de la créance. Autrement dit, alors que toute créance implique la possibilité de faire opposition, toute créance n'implique pas la possibilité de pratiquer une mesure conservatoire, il faut, en sus d'une créance, des raisons de penser que son recouvrement est dès à présent menacé.

³ Art. 67 L. 1991 : « *Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut solliciter du juge l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur les biens de son débiteur, sans commandement préalable...* ». Une comparaison s'impose ici entre la mesure conservatoire spécifique que nous abordons ici, le droit d'opposition sur le prix de vente du fonds de commerce, et la mesure conservatoire de droit commun que constitue la saisie conservatoire. Le droit d'opposition nécessite une créance née dès avant la publicité de la cession ouvrant le délai d'opposition et se met en œuvre au moyen d'un exploit d'huissier adressé au débiteur du prix de cession. À l'opposé, la saisie conservatoire, si elle peut se contenter d'une créance simplement certaine en son principe, nécessite également la preuve d'une mise en péril du recouvrement futur de la créance et se trouve soumise à une autorisation judiciaire. Si la menace de recouvrement disparaît, alors l'indisponibilité doit être levée (M. DONNIER et JB DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8^{ème} éd. 2009, n°426 s). Quant au principe certain de créance, bien qu'il s'agisse d'une probabilité de créance, il s'agit toujours d'une créance existante, certes sur le plan des probabilités. S'il apparaît certain que la créance invoquée n'existe pas, alors la saisie conservatoire doit être levée. Mais il est sans doute toujours possible d'invoquer la fraude aux droits futurs d'un créancier pour obtenir une mesure conservatoire alors que la créance n'existe pas encore, comme c'est d'ailleurs le cas en matière d'action paulienne où le principe d'existence de la créance invoquée au jour de l'acte attaqué se trouve tempéré lorsqu'il est rapporté la preuve que l'acte avait été accompli en vue de spolier ses créanciers futurs.

⁴ Colloque du CEDAG du 30 mars 2006, sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, « Existe-t-il un droit d'opposition, prérogative conservatoire des droits de créance ou des droits intellectuels ? », *LPA*, 4 avr. 2007 n°68, spéc. P. THÉRY, « Le droit d'opposition en droit du paiement », p. 26 et M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport de Synthèse », p. 48, n°13.

136. Enfin, la fonction du droit d'opposition implique également que la créance au titre de laquelle il est invoqué soit née dès avant la date de publication de la cession du fonds de commerce. Il s'agit d'une mesure de garantie du gage général des créanciers du débiteur pour la simple raison que le droit n'est pas accordé aux seuls créanciers dont la créance serait née à l'occasion de l'exploitation du fonds, mais à l'égard de tous les créanciers¹. On a craint que le débiteur fasse disparaître le plus clair de son actif « *en aliénant son fonds pour un prix dérisoire, ou moyennant un prix qu'il ferait disparaître* »². Il en résulte logiquement que seul le passif du patrimoine né avant la date d'opposabilité aux tiers, avant la date de publication au JAL, peut être protégé par ce mécanisme d'opposition au prix de vente car seuls ces créanciers pouvaient compter sur la présence du fonds de commerce dans leur droit de gage général, contrairement aux créanciers postérieurs qui sont censés avoir eu connaissance de la cession avant que leur créance, que leur droit de gage général sur le patrimoine du débiteur ne naisse.

Puisque l'opposition implique la naissance antérieure à la cession des créances invoquées, il s'ensuit, en cas de créance à exécution successive, que la nature des échéances postérieures dépendra de la possibilité de les invoquer pour faire opposition. Si le créancier peut invoquer les créances successives postérieures, alors ces dernières correspondent à une créance unique née antérieurement, vraisemblablement au jour du contrat et pour toutes les échéances postérieures. Mais si le créancier ne peut les invoquer, c'est qu'il s'agit de créances postérieures à la cession, qui, n'étant pas nées au jour de sa publicité sont nécessairement nées de façon successive après cette dernière. La réponse se trouve dans l'histoire du droit ayant conduit le législateur à édicter une règle particulière pour la créance successive du bailleur.

2 - Le bénéfice de l'opposition pour les échéances postérieures à la cession

137. L'article L. 141-14 du Code de commerce dispose expressément que l'opposition peut se faire, que la créance « *soit ou non exigible* »³. Mais il aménage un tempérament sous forme d'exclusion de son domaine : « *Le bailleur ne peut former opposition pour les loyers en cours ou à échoir et ce, nonobstant toutes stipulations contraires* ». Cela signifie a contrario que les loyers à échoir correspondent à une créance née antérieurement pour laquelle le bailleur pouvait faire opposition. Toutes les échéances postérieures du bail sont donc nées dès avant la cession du fonds de commerce, vraisemblablement au jour du contrat de bail, à défaut de quoi il n'aurait pas été nécessaire de ménager cette exception pour les exclure du domaine du droit d'opposition. L'analyse historique de cette exclusion expresse du bail confirme cette interprétation.

¹ A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Rousseau 1948, n°334.

² J. DERRUPPÉ, « Fonds de commerce », Rép. Dalloz droit commercial, 2013, n°557.

³ Cette possibilité résulte de l'application des principes généraux en matière de mesures conservatoires. En effet, l'art. 1180 dispose que la créance conditionnelle peut faire l'objet de toute mesure conservatoire. De ce fait a fortiori la créance à terme peut-elle faire l'objet desdites mesures puisqu'alors que la créance conditionnelle n'existe pas encore, la créance à terme existe d'ores et déjà quant à elle (AUBRY et RAU, t. IV, §303, texte et note n°22, PLANIOL, RIPERT et RADOUANT, t. VII, §1005, cités par A. COHEN).

138. Le droit d'opposition provient initialement de l'article 3 al. 4 de la loi du 17 mars 1909 sur la cession et le nantissement de fonds de commerce. Or, l'article ne comportait pas à l'origine d'exclusion expresse du bailleur pour les loyers à échoir. Cette exclusion ne fut insérée que plus tard par l'article 1^{er} de la loi du 31 juillet 1913¹ en réaction aux conséquences désastreuses auxquelles la loi de 1909 avait donné lieu.

En effet, **au lendemain de la loi de 1909, les bailleurs des locaux commerciaux faisaient opposition au prix de vente de celui-ci, non seulement pour les loyers échus, mais également pour tous les loyers à échoir.** La jurisprudence validait cette opposition². Les premiers jugements en ce sens étaient un jugement du Tribunal de Rambouillet du 8 juin 1910³ ainsi qu'un jugement du Tribunal de Châteauroux du 29 décembre 1910⁴. Certes, quelques tribunaux consulaires refusaient bien le droit d'opposition au motif qu'il s'agissait de créances à exécution successives qui n'étaient donc pas nées au jour de la publicité de la cession du fonds⁵. Mais ces arrêts sont minoritaires et les magistrats de profession étaient particulièrement clairs quant à eux ainsi que le montre un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 16 janvier 1913 : « *Attendu que les loyers à échoir constituent, dès l'instant où la chose louée a été délivrée au preneur, une créance certaine au profit du bailleur, que les échéances fractionnées auxquelles cette créance deviendra exigible n'en font point une créance éventuelle, mais une créance à terme* »⁶.

Ainsi, malgré l'existence de quelques auteurs⁷ et de quelques jugements de tribunaux consulaires en sens contraire, la jurisprudence validait l'opposition au titre des échéances postérieures, contredisant ainsi les thèses matérialiste et périodique. Le législateur de 1913 ne l'a point contredit en édictant une exclusion spécifique pour le cas du bail commercial.

Puisque le cours de l'histoire a tranché pour la naissance antérieure d'une créance unique correspondant aux échéances postérieures à la cession, il s'ensuit que l'exclusion concernant le bail commercial devrait être d'interprétation stricte. Elle ne devrait donc pas concerner les autres contrats à exécution successive. Pour ces derniers, l'opposition devrait pouvoir s'opérer, y compris au titre des échéances postérieures.

Il n'existe certes *a priori* pas d'exemples en jurisprudence. Cependant, à l'instar de certains auteurs⁸, il nous semble que l'évolution historique précitée du droit d'opposition et la jurisprudence survenue dans l'intervalle, entre les lois de 1909 et 1913, au sujet du bailleur des locaux commerciaux, suffit à

¹ Applicable aux oppositions non validées par décision judiciaire devenue définitive à l'entrée en vigueur de la loi.

² A. COHEN, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Rousseau 1948, n°330.

³ Trib. Rambouillet, 8 juin 1910, GP, 8 nov. 1910.

⁴ Trib. civ. Châteauroux, 29 déc. 1910, GP 28 avr. 1911.

⁵ Cité par C. BERTHAUX, *Des garanties du bailleur de locaux affectés au Commerce pour le paiement de ses loyers (en présence de la Loi du 17 mars 1909)*, p. 14 et s. : selon les cas, « les loyers ne s'acquièrent qu'au fur et à mesure de la jouissance fournie » (Trib. Lille, 23 avr. 1912, Rép. gén. Not. 10 févr. 1913), créance conditionnelle (Trib. Lille, 23 avr. 1912, Rép. gén. Not. 10 févr. 1913), et par référence à la résolution « aucune créance ne peut exister actuellement pour loyers à échoir, lesquels ne seront dus que si la chose louée ne périt pas pendant le cours du bail » (Trib. com. Grenoble, 6 déc. 1912).

⁶ C. BERTHAUX, op. cit.

⁷ C. BERTHAUX, op. cit. Pour une problématique identique dans le cadre de l'exigibilité immédiate des loyers à échoir en cas de faillite du preneur, cf. supra n°115 et s., spéc. n°120 et s. pour l'intervention législative subséquente.

⁸ Lamy, *Droit commercial : Fonds de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle*, 1990, n°609. A. COHEN, traité op. cit. n°330.

la démonstration. Christian Berthaux¹ en fait d'ailleurs l'aveu dans sa thèse sur les garanties du bailleur de locaux affectés au commerce pour le paiement de leurs loyers, alors pourtant que l'auteur défend une naissance successive des créances de loyers. **La loi de 1913 a certes écarté le cas du bailleur des locaux commerciaux, mise à l'écart qui se justifie d'ailleurs par la cession légale du bail commercial inclus dans le fonds de commerce. Mais le principe d'une naissance unique de la créance au jour du contrat pour les échéances successives dudit contrat s'est trouvé confirmé par la loi de 1913 elle-même, car l'exception confirme la règle.** L'apport théorique demeure bien qu'en pratique il n'y ait plus d'application.

b) La solidarité au début de la location gérance, applications de L. 144-7 du Code de commerce

139. L'article L. 144-7 du Code de commerce prévoit la protection des créanciers du locataire gérant d'un fonds par la mise en place d'une solidarité légale du propriétaire du fonds à l'égard des dettes nées au cours des six mois qui suivent la publication de la mise en location gérance du fonds de commerce.

Cette disposition s'expliquerait par un souci de protection des fournisseurs habituels du fonds de commerce qui ont pu ne pas être informés immédiatement de la mise en location gérance de ce dernier. Il leur est donc en quelque sorte laissé un délai de six mois au-delà duquel on peut présumer qu'ils en ont été informés².

Pour bien comprendre la nécessité de cette protection, il convient de rappeler que le fonds de commerce n'a pas la personnalité morale, qu'il n'est pas une universalité de droit, qu'il ne constitue qu'un bien ne pouvant incorporer de dettes. Les fournisseurs contractent avec l'exploitant à titre personnel. Lorsque le propriétaire du fonds est l'exploitant, le fonds figure à l'actif de son patrimoine et constitue une valeur importante pour le gage de ses créanciers. Tel n'est plus le cas lorsque le fonds est exploité par un locataire gérant car alors les fournisseurs ont le patrimoine personnel du locataire gérant comme gage et ce patrimoine ne comprend pas la valeur du fonds, celui-ci demeurant dans le patrimoine du propriétaire. Autrement dit, avec la mise en location gérance, les fournisseurs du fonds de commerce perdent le fonds lui-même comme garantie du paiement des dettes de l'exploitant du fonds au titre du droit de gage général des créanciers chirographaires.

Le texte mentionne les dettes « *contractées* » dans les six mois de la publicité de la mise en location gérance. Mais le participe passé du verbe contracter ne fait pas ici référence à la source contractuelle. Le vocable remontant au droit romain désigne la contraction et pas le contrat, la contraction au sens de rapprochement, le rapprochement du débiteur et du créancier qui forme le lien d'obligation. C'est donc bien le critère de date de naissance de la créance qu'il y a lieu d'appliquer ici et qui est mis en œuvre par la jurisprudence.

¹ C. BERTHAUX, op. cit, p. 24 : « Nous n'avons pas la prétention d'avoir épuisé sur ce débat, tout ce qu'il y aurait à dire. Nous ne voulons d'ailleurs point le faire : la question a été autrefois très discutée, et si elle n'a pas été tranchée dans notre sens, ce n'est point qu'elle ait été mal défendue ».

² H. KENFACK, « Location-gérance de fonds de commerce », Rép. Dalloz droit commercial, 2006, n°225.

140. Dans la mise en œuvre du dispositif, plusieurs arrêts viennent contredire la naissance périodique des créances aux dates d'échéances prévues par les parties pour des contrats à exécution échelonnée.

Dans un arrêt du 19 novembre 1975, il s'agissait d'un contrat de publicité à exécution échelonnée souscrit avant l'expiration du délai de six mois, mais dont l'exécution se poursuivait au-delà. Les juges du fond avaient condamné le propriétaire du fonds au paiement du fournisseur au titre des échéances postérieures. **C'est vainement que le pourvoi invoque une naissance postérieure des créances pour les factures émises après l'expiration du délai de six mois** et qui correspondaient probablement aux échéances prévues au contrat, aux dates échelonnées du contrat. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation rappelle clairement qu'il convient de ne pas confondre naissance et exigibilité de la créance en énonçant que « *la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées en décidant à bon droit que... il fallait... retenir la date de naissance de la créance litigieuse et non celle de son échéance* »¹.

Il en allait de même dans un arrêt du 26 novembre 1979 pour un marché à exécution échelonnée souscrit avant l'expiration du délai de six mois mais dont l'exécution se poursuivait au-delà avec des échéances de paiement prévues au fur et à mesure de l'avancement du marché². La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait condamné le propriétaire du fonds à payer les échéances postérieures.

Ces arrêts réfutent donc pour les contrats à exécution échelonnée, sous-catégorie de contrats à exécution successive à durée déterminée, une naissance des créances aux dates d'échéances prévues par les parties. Au demeurant, il y a également réfutation de la thèse matérialiste car dans chacune des affaires citées la créance de prix était née avant l'expiration du délai de six mois alors que l'exécution de la prestation avait lieu après cette expiration.

Un arrêt du 25 novembre 1986 vient également réfuter la thèse matérialiste en consacrant la naissance de la créance de prix avant l'exécution de la contreprestation. En l'espèce, un restaurant était mis en location-gérance. Son fournisseur, la société Ricard, entendait agir contre le propriétaire bailleur pour le paiement de commandes passées durant le délai précité, mais livrées après. L'issue du litige dépendait donc du point de savoir si la créance de prix était née avant, lors de la commande, du contrat, ou après l'expiration du délai de six mois, lors de la livraison. Choissant cette seconde option, les juges du fond avaient débouté le fournisseur au motif que « *l'obligation de payer le prix ne prend naissance que lorsque les marchandises ont été mises à la disposition de l'acheteur* ». L'arrêt est cassé, la Cour de cassation venant rappeler que la créance de prix naît dès avant la livraison au jour de la commande : « *la vente (...) oblige les parties aux obligations qu'elles ont contractées dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix (...) l'article 1651 du Code civil est relatif, non à la date à laquelle l'obligation prend naissance, mais à celle à laquelle le prix doit être payé* »³, les juges du fond avaient donc opéré une confusion entre naissance et exigibilité de la créance.

¹ Com. 19 nov. 1975 n°74-10116, P, D. 1976, 286, *JCPE* 1976 II 18300, *RTD com.* 1976, 345, A. JAUFFRET.

² Com. 26 nov. 1979, n°78-12207, P.

³ Com. 25 nov. 1986, n°85-11466, P : « *les dettes dont le loueur d'un fonds de commerce est responsable solidairement avec le gérant, se déterminent non par leur échéance mais par leur naissance à l'intérieur du délai fixé* ».

141. Ainsi, la possible mise en œuvre de mécanismes de protection exigeant l'existence de la créance avant les dates de naissance proposées par les thèses contemporaines matérialiste et périodique invalide ces dernières. Il en allait de même pour l'extinction avérée, possible ou assimilée de la créance avant les dates proposées. Le lien de droit que constitue la créance de prix est d'ores et déjà né avant la survenance des périodes successives prévues au contrat et avant l'exécution de la contreprestation. Mais la créance n'est pas seulement un lien de droit, elle incarne également un bien susceptible de faire l'objet d'un transfert de propriété comme l'a démontré Ginossar. Or, les manifestations de la créance en tant que bien conduisent également à invalider les thèses contemporaines, à tout le moins pour le contrat à durée déterminée.

§ 2 : L'existence du bien au jour de la formation du contrat

142. C'est parce qu'elles peuvent faire l'objet d'un transfert avant leur survenance que les échéances postérieures correspondent à une créance d'ores et déjà née et non pas à une succession de créances qui ne naîtront qu'au fur et à mesure des dates de survenance des échéances ou bien au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation. À cet égard, la mise en œuvre de la saisie et de la cession de créances en droit positif permet de mettre en évidence cette naissance antérieure des échéances postérieures.

143. Encore faut-il maîtriser le mécanisme de transfert de propriété dans les institutions dont on étudie la mise en œuvre, à savoir la saisie et la cession de créances, pour bien interpréter cette dernière au regard de la date de naissance des créances. La saisie et la cession sont en la matière diamétralement opposées. Alors que la saisie ne peut porter que sur une chose qui existe dès à présent, la cession peut quant à elle concerner une chose future. C'est là une différence importante au regard de l'interprétation des solutions quant à la date de naissance des créances. Elle provient de la nature de ces institutions et de leur fonctionnement. Alors que la cession est un contrat pour lequel l'article 1130 du Code civil reconnaît explicitement la possibilité de porter sur une chose future, car sa fonction est de maîtriser l'avenir, la saisie constitue quant à elle une voie d'exécution unilatérale et autoritaire d'appréhension dont la fonction est d'obtenir immédiatement paiement.

Saisie et cession impliquent toutes deux un transfert de propriété qui permet de savoir si la créance qui en est l'objet était née car à défaut sa propriété n'aurait pu être transférée. Mais le transfert de propriété ne s'opère pas nécessairement aux mêmes dates pour les deux institutions. Alors qu'il est immédiat dans la saisie qui ne peut pour cette raison porter sur une créance future, les effets réels du contrat peuvent quant à eux être reportés au jour de l'existence de la créance, ce qu'implique la possibilité de porter sur une créance future.

144. Cette différence de nature et de régime implique une importante divergence quant à l'interprétation de ces deux mécanismes au regard de la date de naissance de la créance. Pour cette raison, malgré les similitudes inhérentes au fait qu'il y a dans tous les cas transfert de propriété, les deux institutions seront étudiées séparément et successivement. À la saisie-attribution de créance

pour laquelle la démonstration est plus évidente (A) suivra celle plus complexe concernant la cession de créances (B).

A. La validité de la saisie des échéances postérieures

145. L'appréhension par une seule saisie de toutes les échéances successives postérieures prouve déjà l'existence préalable de la créance pour le tout, pour toutes les échéances successives (1). La confrontation de la saisie d'une créance à exécution successive en cours avec l'ouverture d'une procédure collective ne fait que confirmer cette existence pour le tout au jour du contrat (2).

1/ La saisie des échéances postérieures à sa signification

146. La saisie-attribution ne peut porter sur une créance future qui n'existerait pas encore au jour où la voie d'exécution est pratiquée (a). Dès lors, c'est parce qu'elle peut immédiatement porter sur les échéances qui lui sont postérieures d'une créance à exécution successive qu'elle entendrait appréhender que celles-ci correspondent nécessairement à une créance actuelle au jour de la saisie, à un bien présent donc saisissable (b). Par conséquent, les échéances ne peuvent pas correspondre à une succession de créances qui naîtraient, soit de l'exécution de la prestation caractéristique du contrat, soit des dates de début de période prévues au contrat à travers les termes successifs pour le paiement de la rémunération, du prix. Les thèses périodique et matérialiste s'en trouvent donc réfutées.

a) L'impossible saisie d'une créance future

147. La saisie attribution de créance porte sur des créances qui existent au jour de sa signification. Elle **ne peut atteindre des créances qui ne sont pas encore nées** à cette même date. Il faut que la créance existe pour que la saisie puisse opérer. Si l'indisponibilité de la créance ne fait pas obstacle à sa saisie, son inexistence la rend inopérante car alors la saisie « *frappe dans le vide* »¹. Pour cette raison, l'article L. 112-1 du Code des procédures civiles d'exécution (anc. art. 13 L. 9 juillet 1991) dispose que « *les saisies peuvent porter sur des biens appartenant au débiteur* », l'utilisation du participe présent impliquant que le bien existe au jour de la saisie. De même, l'article L. 211-2 du Code des procédures civiles d'exécution (anc. art. 43 L. 1991) fait reposer l'institution sur l'attribution « *immédiate* » de la créance², l'immédiateté supposant l'existence de la créance saisie. Également, l'article 55 du décret d'application n°92-755 du 31 juillet 1992 précise qu'elle peut être

¹ A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd. 2009, n°1000. DONNIER Marc et DONNIER Jean-Baptiste, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8^{ème} éd. 2009, n°914. GUINCHARD Serge, MOUSSA Tony, Collectif, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 2009, n°812.11 s., spéc. n°831.45 sur les créances à exécution successive.

² P. JULIEN et G. TAORMINA, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ 2^{ème} éd. 2010, n°107.

pratiquée « *entre les mains de toute personne tenue au jour de cette saisie d'une obligation portant sur une somme d'argent envers son débiteur* ». À cela s'ajoute la considération que le législateur n'aménage pas la possibilité de saisir un bien futur alors qu'il précise en principe cette possibilité lorsqu'elle existe comme en matière de nantissement ou de fiducie où le Code civil disposent expressément que ces deux institutions peuvent porter sur des biens futurs¹ et par conséquent sur des créances futures.

148. La raison profonde réside d'après nous dans **la nature** de l'institution ainsi que dans sa finalité. Une saisie constitue une voie d'exécution, **une appréhension autoritaire des biens du débiteur sans son consentement**. Ceci explique que l'appréhension du futur ne soit pas aménagée car celle-ci serait trop dangereuse pour patrimoine du débiteur. Au contraire, le nantissement et la fiducie sont des institutions généralement conventionnelles auxquelles le débiteur donne son accord. S'il est de la fonction d'une convention d'appréhender le futur par la volonté commune des parties², tel n'est pas le cas d'une saisie dont la fonction est au contraire définitivement tournée vers le présent et le passé, obtenir présentement le paiement d'une dette née antérieurement. À cet égard, la saisie n'est que la mise en œuvre du droit de gage général des créanciers dont l'avantage réside dans le fait que les acquisitions futures peuvent être appréhendées pour le paiement de dettes passées et dont il apparaît normal que cet avantage d'intemporalité soit limité par le retour du temps au stade de sa mise en œuvre : les biens acquis postérieurement à la naissance de la dette peuvent être appréhendés, mais ces biens doivent à tout le moins être présents au jour où la saisie est pratiquée, au jour où le droit de gage général des créanciers est mis en mouvement.

149. Cette **condition d'existence de la créance saisie**, si elle apparaît évidente³, se trouve pourtant **controversée** en ce sens qu'il est possible de lire chez nombre d'auteurs qu'il suffit, pour que la créance soit saisie, qu'elle existe dans son principe, qu'elle existe en germe, ce qui implique qu'elle puisse être saisie alors qu'elle n'existe pas encore.

Il est vrai que l'article L. 112-1 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit explicitement la possibilité de saisir une **créance conditionnelle**, alors pourtant que la créance sous condition suspensive n'est pas encore née, qu'elle ne naîtra qu'au jour futur de la survenance de l'événement dans lequel réside la condition⁴.

L'explication ne réside ni dans la possibilité de saisir une créance future, ni même dans l'aménagement d'une exception à l'impossibilité de saisir une créance future. Il s'agit d'après nous de l'une des manifestations d'une **tendance du législateur contemporain à confondre le terme et la condition** en les plaçant sur le même plan. La terminologie n'aide pas en la matière. Présenter la condition comme une « *modalité* » de l'obligation comme le fait le Code civil tend à faire croire à son existence dès avant la survenance de la condition. Mais cela relève d'une confusion patente et

¹ Art. 2355 du Code civil : « *Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens incorporels, présents ou futurs* ». Art. 2011 du Code civil : « *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

² Art. 1130 du Code civil : « *Les choses futures peuvent être objet d'une obligation* ».

³ R. PERROT et P. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz 2005, 2^{ème} éd., n°354.

⁴ L'obligation sous condition suspensive dépend d'un événement futur et incertain (art. 1181 du Code civil), la condition suspend l'engagement et non seulement l'exécution de celui-ci (art. 1185 du Code civil a contrario).

remarquée au sein du Code civil entre le contrat, entre la source et son effet¹. L'habitude de parler « *d'obligation conditionnelle* » et non pas d'obligation sous condition suspensive crée la même impression. La doctrine contribue également à donner l'impression que la créance conditionnelle existe dès avant la survenance de la condition².

150. Cette erreur du législateur de 1991 a un impacte négatif sur le plan théorique, en termes de cohérence générale du droit des obligations. Elle conduit en effet à traiter une créance conditionnelle par nature encore inexistante en une créance d'ores et déjà née.

D'un côté, à moins de voir à tort dans l'obligation à exécution successive une créance conditionnelle comme le faisait Moulon au 19^{ème} siècle, l'intérêt pratique de ménager la saisie d'une créance conditionnelle apparaît quelque peu limité tant sont inexistants, à notre connaissance, les exemples de saisie pendente conditionne d'une créance sous condition suspensive. Encore faut-il que ce soit une **véritable** créance conditionnelle et non pas une créance d'ores et déjà née et qualifiée à tort de conditionnelle.

D'un autre côté, cette saisie des créances conditionnelles facilite la généralisation de l'utilisation doctrinale et jurisprudentielle du concept de **germe** que tout le monde utilise, mais que personne ne précise et qui permet trop facilement aux thèses matérialiste et périodique de franchir les limites de l'incohérence. Lorsque la créance devrait exister avant les dates proposées par les thèses matérialiste et périodique, il leur suffit d'invoquer l'existence d'un germe avant la naissance pour sortir de l'impasse.

Le passage par induction de la créance conditionnelle au germe de créance est particulièrement net dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 9 mai 2001³ qui énonce sur le fondement des articles 13, 42 et 43 de la loi de 1991 qu'il suffit que la créance soit en germe pour être saisie : « *Attendu que s'il est exact que les articles 42 et 43 de la loi du 9 juillet 1991 n'exigent pas la "disponibilité" de la créance, objet de la saisie-attribution, au jour de l'acte de saisie puisque cette créance doit seulement exister au moins en germe et peut être conditionnelle ou à terme (L. 1991, art. 13), encore faut-il qu'au moment de l'acte de saisie la créance saisie présente un caractère suffisamment certain et ne soit pas purement hypothétique* ». Pourtant, il n'est nulle part fait mention d'un quelconque germe de créance dans la loi de 1991. Dans cette affaire, le Trésor Public avait pratiqué une saisie attribution entre les mains de l'avocat constitué d'un autre créancier dans le cadre d'une saisie immobilière. Le Trésor entendait saisir l'éventuel reliquat sur le produit de vente de l'immeuble à la suite désintéressement des créanciers inscrits. Or, pour prononcer l'invalidité de la saisie, la Cour ne manque pas de souligner que, « *lors de la signification... l'avocat constitué... ne détenait aucun fonds pour le compte personnel du débiteur saisi et n'avait aucune obligation envers ce dernier* ». N'est-ce pas dire que le germe n'existait pas car l'obligation n'existait pas ?

¹ Sur cette confusion trouvant son origine en droit romain, cf. infra n°420 et s.

² En exposant la valeur patrimoniale du droit conditionnel : E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. 1987, n°338 ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, n°1230. Mais il faut prendre garde car, ce qui représente une valeur, ce n'est pas l'obligation conditionnelle qui n'est pas encore née, c'est le contrat lui-même qui existe déjà quant à lui, la possibilité d'en bénéficier constitue déjà une valeur patrimoniale, mais pas la créance conditionnelle dont il est la source. Encore une fois, il y a tendance à confondre entre le contrat source et l'obligation effet.

³ CA Lyon, 9 mai 2001, JCP G 2001 II, 10628.

D'autres affaires similaires peuvent être citées. Ainsi, le notaire ne peut se voir signifier la saisie du prix de vente d'un immeuble avant d'en avoir reçu paiement¹. De même, la créance du client sur son banquier ne peut être appréhendée tant que la banque n'a pas reçu les fonds du client².

151. Nul besoin de rendre confus par un concept flou un point qui devrait être limpide. La créance objet de la saisie doit exister pour que la saisie puisse opérer, à défaut de quoi elle n'atteint rien du tout et ses effets ne sauraient être reportés au jour de l'existence de la créance visée comme en matière de créance indisponible car, justement, une créance indisponible existe déjà alors qu'une créance qui n'est pas encore née n'existe pas encore.

Un arrêt de la 2^{ème} chambre civile du 11 mai 2000³ peut d'après nous être cité en ce sens qu'il repose les bases saines de condition d'existence de la créance saisie tout en rejetant la saisie d'une créance éventuelle ou d'une créance en germe. Il s'agissait de la vente d'un office ministériel conditionnée par la loi à l'agrément ministériel du cessionnaire, condition d'ailleurs rappelée dans l'acte de vente. Des créanciers avaient pratiqué une saisie-attribution du prix de vente après la signature du contrat, mais avant l'obtention de l'agrément ministériel. Les juges du fond les avaient néanmoins colloqués sur le prix de vente considérant leur saisie valable car « *la créance existait au moins en germe dès la signature du traité de cession* ». Le fait est que, si la doctrine ne définit pas le concept de germe, Jérôme François remarque que celui-ci existe à tout le moins lorsque le contrat source de la créance existe déjà⁴. L'arrêt est pourtant cassé. Au visa des articles 13, 42 et 43 de la loi de 1991, la Haute juridiction rappelle dans un chapeau « *qu'une saisie ne peut porter sur une créance éventuelle* » et justifie sa décision au motif que « *la créance saisie n'était pas née à la date où les mesures d'exécution forcées avaient été pratiquées* ». Ce n'est pas que le germe n'était pas suffisant, mais que la créance n'était pas née. **Rejetant le concept de germe** utilisé par les juges du fond et l'assimilant ni plus ni moins à une créance éventuelle, Haute juridiction pose les bases solides d'un retour à l'orthodoxie juridique. En matière de saisie-attribution, la créance saisie doit être née à la date de signification. **En théorie générale de l'obligation, le germe n'existe conceptuellement pas**, ce n'est qu'une créance éventuelle, une créance qui n'existe pas.

152. Ce retour à la clarté et à la cohérence par le rejet en la matière du concept de germe doit d'autant plus être accueilli que d'autres arrêts montrent les dangers de ce concept flou justifiant toutes les solutions au gré du vent. Alors qu'il est clairement établi aujourd'hui que la créance de dividendes⁵ naît au jour de l'Assemblée générale ordinaire⁶ qui statue sur les comptes annuels et décide d'une

¹ Civ. 2, 16 févr. 1978, n°76-14367, P, JCP G 1979 II 19055, B. STEMMER et M.-F. BOST.

² Civ. 2, 13 mai 1987, n°86-10836, P, JCP G 1988 II 20923 P. DELEBECQUE et E. PUTMAN.

³ Civ. 2, 11 mai 2000, n°97-12362, P, D. 2001, 1138, P. DELEBECQUE, *Dr. et patr.* 2000, n°87, p. 2697, P. THÉRY.

⁴ J. FRANÇOIS, Les obligations, Régime général, traité Economica 2013.

⁵ Sur la créance de dividendes, contre toute attente fruit naturel et non pas fruit civil, cf. infra n° 754 et s.

⁶ Com. 19 sept. 2006, n°03-19416, inédit, *Bull. Joly Sociétés* 2007, P. 147, §17, P. LE CANNU, *Dr. et patr.* 2007, p.76, D. PORACCHIA, *Dr. sociétés* 2006, comm. 185, J. MONNET : « seule la décision d'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices sous forme de dividendes confère à ceux-ci l'existence juridique... ». Com. 28 nov. 2006, n°04-17486, P, D. 2006, 3055, A. LIENHARD, JCP G 2007 II 10008, D. GALLOIS-COCHET, JCP E 2007 1361 F. DEBOISSY et G. WICKER, *RTD civ.* 2007, 149, T. REVET : « si les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés, participent de la nature des fruits, ces dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables, et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé ». Civ. 1, 12 déc. 2006, n°04-20663, P, *RTD civ.*

mise en distribution éventuelle, certains jugements¹ décident que la saisie de dividendes « *s'étend à tous les dividendes susceptibles d'être votés postérieurement* ». On voit que le germe contribue à la confusion car, outre le germe invoqué, certaines décisions procèdent d'une confusion évidente entre naissance et exigibilité de la créance de dividendes, affirmant que « *seule l'exigibilité est conditionnée par l'AGO* ». Ces décisions sont **contestables** sur le plan de la technique juridique puisque les créances n'étaient pas encore nées au jour de la saisie. Elles le sont également en opportunité car une telle appréhension du futur est dangereuse tant pour le débiteur saisi que pour ses autres créanciers. Au surplus, ces décisions empiètent sur la saisie de droits sociaux. En effet, si l'on veut appréhender toute la potentialité de droits sociaux, ce sont les droits eux-mêmes qu'il faut saisir et non pas les dividendes futurs qu'ils sont susceptibles de générer. Contrairement à ces derniers, les actions ou parts sociales existent présentement quant à elles.

Seules les créances existant au jour de la saisie peuvent être appréhendées par celle-ci². Il y va de la nature même de la saisie, procédure d'appréhension autoritaire du patrimoine du débiteur. La notion de germe n'a pas sa place ici, ce n'est qu'une créance qui n'existe pas encore, une créance éventuelle qui ne peut être objet de saisie. C'est sur cette base assainie que les dispositions légales prévoyant explicitement la possibilité de saisir les créances à exécution successive permettent de montrer que toutes les échéances d'une telle créance correspondent à une créance née dès avant les dates de naissance proposées par les thèses matérialiste et périodique.

b) La possible saisie des échéances postérieures

153. C'est parce que **les textes prévoient expressément la possibilité de saisir les créances à exécution successive³** et que cette saisie porte sur toutes les échéances postérieures à la signification que ces échéances sont nées avant ladite signification et que par conséquent elles ne peuvent être nées, ni de l'exécution de la prestation, ni des dates de début de période contractuelle. En prévoyant explicitement cette possibilité, les textes sur les voies d'exécution contredisent donc les thèses matérialiste et périodique.

L'article L. 112-1 du Code des procédures civiles d'exécution prévoit explicitement que « *les saisies peuvent porter sur les créances... à exécution successive* » et l'article R. 211-15 du même Code dispose que « *le tiers saisi se libère, au fur et à mesure des échéances, entre les mains du créancier* ».

2007 p. 149, T. REVET, *Rev. sociétés* 2007, p. 326, D. RANDOUX, *JCP E* 2007 1877, J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER, *Dr. sociétés*, 2007, comm. 32, J. MONET, *Dr. et patr.* 2007, n°159, p. 77, D. PORACCHIA, *Bull. Joly sociétés* 2007 p. 363, T. REVET : « *Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt retient, d'abord, que les bénéfices réalisés par une société ne deviennent des fruits et des revenus de biens propres, susceptibles de constituer des acquêts de communauté, que lorsqu'ils sont attribués sous forme de dividendes...* ». Voir également, antérieurement, com. 23 oct. 1990, n°89-13999, P, D. 1991, p. 173, Y. REINHARD.

¹ TGI Chartres, juge de l'exécution, 13 oct. 1995, *JCP N* n°44, 1^{er} novembre 1996, p. 1562, E. PUTMAN. Civ. 2, 21 juin 2007, n°06-13386, P, *Def.* 2008 p. 423, chron. 38726, n°5, P. THÉRY, *Bull. Joly sociétés* 2007, p. 1366, J.-J. DAIGRE, *Dr. et procéd.* 2007 p. 350 C. LEFORT, pour une saisie conservatoire qui doit être soumise à la même condition d'existence de la créance saisie.

² Contra C. LARROUMET, *D.* 2003, 445, note sous mixte 22 nov. 2002 : « *peu importe finalement la date de naissance de la créance, puisqu'on peut céder, de la même façon qu'on peut saisir une créance qui n'est pas encore née* ».

³ Pour un rappel incident de principe de la validité de la saisie des créances à exécution successive : Civ. 3, 8 déc. 2010 n°09-71124, P, *Loyers et copr.* 2011, comm. n°37.

saisissant ». En outre, application particulière de ces textes généraux, l'article 14-1 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 prévoit de même pour la saisie des loyers dus au copropriétaire redevable des charges impayées au syndic¹.

154. Il pourrait certes être répliqué que cette possibilité aménagée par la loi existe uniquement pour des raisons pratiques visant à éviter le renouvellement de la procédure de saisie à chaque échéance, et que cela ne signifie pas pour autant que toutes les échéances correspondent à une créance née antérieurement².

Toutefois, **la solution était déjà la même avant la loi de 1991**, avant que les textes ne ménagent expressément cette possibilité et ces modalités. Dans un arrêt de chambre civile du 27 novembre 1894³, il est précisé que le jugement de validité de feu la saisie-arrêt avait entraîné le transfert de la créance au saisissant et lui permettait ainsi d'appréhender les loyers postérieurs au fur et à mesure de leur échéance. Ceci montre que **la solution ne repose pas sur l'existence de textes explicites, mais bien sur l'application du droit commun des obligations, la naissance antérieure de la créance correspondant aux échéances postérieures et son transfert dans le patrimoine du créancier saisissant par l'effet de la saisie**.

La jurisprudence plus récente le confirme en explicitant cette raison de la naissance antérieure de la créance. Dans deux affaires, les organismes sociaux prélevant les cotisations sociales dues par les professions libérales entendaient pratiquer une saisie entre les mains de la caisse d'assurance maladie redevable à l'égard du praticien, débiteur saisi, des prestations octroyées aux patients par ce dernier. La sécurité sociale était redevable à l'égard du médecin du prix des prestations en vertu d'une convention de tiers payant qui permet à celui-ci de ne rien déboursier, la sécurité sociale procédant directement au paiement du médecin. La convention de tiers payant est une convention à exécution successive dont l'exécution se prolonge dans le temps puisqu'à chaque acte médical accompli le médecin fait bénéficier au patient du tiers payant sans avoir à passer un nouvel accord avec la sécurité sociale. Pourtant, la cour de cassation refuse que la saisie atteigne les paiements dus au titre de prestations accomplies après la signification de la saisie. En effet, au jour de la saisie, les créances de prix d'actes médicaux postérieurs ne sont pas encore nées. Si la convention de tiers payant est une convention unique à exécution successive, la créance saisie n'est pas quant à elle une créance unique à exécution successive. Il y a succession d'une pluralité de créances⁴.

C'est donc profondément la date de naissance de la créance saisie qui justifie la poursuite de celle-ci sur les termes postérieurs à sa signification et non pas de simples considérations pratiques.

¹ Art. 14-1 de la loi n°65-557 du 10 juillet 1965 sur la copropriété : « Lorsque la mesure d'exécution porte sur une créance à exécution successive du débiteur du copropriétaire défaillant, notamment une créance de loyer ou d'indemnité d'occupation, cette mesure se poursuit jusqu'à l'extinction de la créance du syndicat résultant de l'ordonnance ».

² En ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

³ Civ. 27 nov. 1894, *DP* 1895, 1, 278.

⁴ Car, si le paiement des créances est dû au professionnel en vertu de la convention de tiers payant, ce n'est pas cette convention qui fait naître lesdites créances, mais la relation du professionnel de la santé avec le patient. Civ. 2, 13 juin 2002 n°00-20844, P, *JCP G* 2002 IV n°233, D. 2003, 1469, G. TAORMINA : « si Mme X était liée à la Caisse par une seule convention, elle ne disposait cependant pas sur cette Caisse d'une créance unique à exécution successive, mais de créances distinctes nées d'actes médicaux indépendants les uns des autres ». Dans le même sens exactement et pour une situation similaire, civ. 2, 17 mai 2001 n°99-13711, P, *GP*, 2002, 1, somm. p. 248, M. VÉRON, *RD bancaire et fin.* 2001, com. 195, J.-M. DELLECI. Voir également Soc. 24 févr. 2000 n°98-13444, P : C'est l'accomplissement des prestations « qui seul fait naître la créance du professionnel ... sur la Caisse, ... la société..., subrogée dans les droits des assurés..., ne disposait pas sur la Caisse d'une créance née d'un contrat unique à exécution successive, mais d'une succession de créances distinctes nées des transports effectués ».

Dans les affaires précitées concernant la convention de tiers payant, il était déjà question de savoir si la saisie-attribution poursuivait ses effets après l'ouverture d'une procédure collective. Le problème aurait été le même si la saisie avait été confrontée avec un saisissant postérieur pour savoir s'il y avait concours sur les échéances postérieures. Le conflit d'avec une procédure collective s'est plus souvent présenté en jurisprudence. Celle-ci vient conforter l'idée déjà abordée que les échéances postérieures à la saisie d'un contrat à exécution successive correspondent à une créance née avant cette dernière.

2/ La saisie des échéances postérieures à l'ouverture d'une procédure collective

155. Pour que l'issue d'un conflit entre l'ouverture d'une procédure collective et une saisie-attribution antérieure confirme la naissance antérieure de la créance d'échéances postérieures (a), encore faut-il rejeter l'explication par la technique de la fiction juridique (b).

a) Une créance sortie du patrimoine du débiteur avant l'ouverture de la procédure

156. Une **divergence de chambres** était apparue au sein de la Cour de cassation entre la 2^{ème} chambre civile et la chambre commerciale quant à l'impact de l'ouverture d'une procédure collective après la saisie d'une créance à exécution successive sur les échéances postérieures au jugement d'ouverture. Tant les solutions adoptées que la lettre des arrêts plaçaient le débat sur le terrain de la date de naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive. Alors que la chambre civile confirmait apparemment une naissance unique au jour du contrat de la créance correspondant à toutes les échéances postérieures, la chambre commerciale optait quant à elle pour une naissance successive.

Pour la 2^{ème} chambre civile, « *la saisie-attribution d'une créance à exécution successive pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de celui-ci poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement* »¹. La lettre de l'attendu fait bien mention d'une seule créance à laquelle correspond une pluralité d'échéances. Les échéances postérieures correspondent à une créance antérieure que l'effet attributif dont dispose l'art. 43 de la loi de 1991 a définitivement fait sortir du patrimoine du débiteur saisi dès avant l'ouverture de la procédure collective qui ne pouvait

¹ Civ. 2, 10 juillet 1996, n°94-19551, P, *JCP G* 1996 II 22723 E. PUTMAN, D. 1996, 625, P. ANCEL, *JCP E* 1997 I n°623, P. PÉTEL, *RTD civ.* 1996, 716, R. PERROT, *LPA* 1^{er} nov. 1996, note B. Soenne qui conteste la solution en droit et en opportunité ; pour l'auteur, la solution est désastreuse pour la procédure collective, aussi bien que fautive puisque pour lui les créances de loyers naissent successivement au fur et à mesure de l'exécution du contrat. Également en ce sens, civ. 2, 8 mars 2001, n°97-21844 et CA Amiens 5 janv. 2001 *JurisData* n°137469. Était déjà dans ce sens, mais avec une terminologie moins rigoureuse puisque l'arrêt fait mention d'une pluralité de créances à exécution successive, cass. avis, 16 déc. 1994, n°09-40021, P : « *une saisie-attribution des créances à exécution successive pratiquée... antérieurement à la mise en liquidation judiciaire ... sur les loyers d'un immeuble ...poursuit ses effets sur les loyers échus après le jugement de liquidation judiciaire* ».

dès lors influencer sur les paiements d'une créance qui ne figurait plus à l'actif du patrimoine du débiteur en procédure collective.

La chambre commerciale fait quant à elle obstacle à la poursuite d'un avis à tiers détenteur (ATD) sur les loyers postérieurs au jugement d'ouverture car, cette *« créance, ni à terme ni conditionnelle, de la somme due au titre des loyers échus depuis le prononcé du redressement judiciaire n'ayant pris naissance qu'en raison de la continuation, pour la période postérieure à cette décision et en vertu de la faculté ouverte par les art. 37 ... de la loi du 25 janvier 1985... », les avis à tiers détenteur, peu important qu'ils aient acquis un caractère définitif avant l'ouverture de la procédure collective, n'avaient pu entraîner le transfert de cette créance dans le patrimoine du Trésor »*¹. La lettre rejoint le motif de la solution, c'est parce que les échéances postérieures ne constituent que des créances nées après le jugement d'ouverture qu'elles n'avaient pu être transférées avant celui-ci et qu'elles étaient par conséquent atteintes par l'ouverture de la procédure collective ».

Bien qu'il s'agissait d'une saisie-attribution pour la chambre civile et d'un ATD pour la chambre commerciale, les termes employés montrent clairement que la problématique était résolue dans les deux cas en raisonnant sur des dates de naissance antagonistes des créances quant aux échéances postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective.

157. Un important arrêt de chambre mixte du 22 novembre 2002² est venu trancher cette controverse dans le sens de la 2^{ème} chambre civile, *« la saisie attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement »* car *« la saisie avait définitivement produit son effet attributif avant ledit jugement »*.

La chambre commerciale opéra par la suite un revirement³ pour s'aligner sur cet arrêt de chambre mixte par des arrêts du 8 juillet 2003 pour un ATD et du 5 novembre 2003 pour une saisie-attribution.

¹ Com. 26 juin 1990, n°88-18935, P, le Trésor entendait appréhender par son avis à tiers détenteur les loyers postérieurs dus par le locataire gérant au propriétaire du fonds de commerce pour le paiement d'impôts dont ce dernier était redevable. Dans le même sens, com. 24 oct. 1995, n°93-10351, P, JCP G 1996 II 22578 E. PUTMAN, D. 1996, 155, F. DERRIDA, JCP E 1997 I, n°11, p. 623, P. PÉTEL, Def. 1996, p. 256, A. SÉNÉCHAL, RTD civ. 1996, 483, R. PERROT, RTD com. 1996, 526, A. MARTIN-SERF. Bien que cet arrêt soit généralement cité, il ne se réfère pas aussi explicitement à la date de naissance de la créance, bien que ce fondement soit implicite : *« La créance de loyers échus postérieurement au prononcé du redressement judiciaire était soumise aux règles de cette procédure, ce dont il résulte qu'en raison de l'indisponibilité dont elle se trouvait frappée dans le patrimoine du débiteur par l'effet de l'interdiction des paiements édictée par l'article 33..., cette créance échappait au transport-cession opéré par l'avis au profit du Trésor pour les seules sommes échues avant le jugement d'ouverture »*.

² **Mixte 22 nov. 2002 n°99-13935**, BICC n°569 du 15 janv. 2003, p. 11, conc. R. VIRICELLES ayant émis un avis contraire, rapp. E. FOULON, RTD civ. 2003, p. 331, P. CROCQ, p. 146, R. PERROT, p.331, D. HOUTCIEFF, RTD com. 2003, p. 367, A. MARTIN-SERF, p. 148, D. LEGEAIS, D. 2002, 3270, A. LIENHARD, D. 2003, p. 445, C. LARROUMET, p. 1472, G. TAORMINA, JCP G 2003 II 10033, D. Houtcieff, JCP E n°11, 13 mars 2003, 397, D. LEGEAIS, Def. 2003, 37850, p. 1621, P. THÉRY, GP 2003, p. 366, C. BRENNER, LPA 15 juin 2003, p. 15, J.-L. COURTIER et M. KÉITA, LPA 27 févr. 2004, p. 11, M. SÉNÉCHAL, Procédures 2003, n°1 p. 12 et n°8 p. 8, R. PERROT, RD bancaire et fin. 2003, p. 22 A. CERLES, p. 32, J.-M. DELLECI.

³ Com. 8 juill. 2003, n°00-13309, P, D. 2003, 2094, A. LIENHARD, Dr et procéd. 2004, p. 31, E. PUTMAN, JCP G 2004 I 115 p. 397, M. CABRILLAC, RTD civ. 2003, P. 708, J. MESTRE et B. FAGES : *« Mais attendu qu'il résulte de l'article L. 263 du Livre des procédures fiscales, que l'avis à tiers détenteur, portant sur une créance à exécution successive pratiqué à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement »*. Com. 5 nov. 2003, n°99-20223, FS-P+B, Dr. et procéd. 2004 p. 108, E. PUTMAN, GP 2004, 1, p. 31, obs. C. BRENNER, RD bancaire et fin. 2004, p. 33, J.-M. DELLECI. Voir également com. 3 déc. 2003 n°01-03803, inédit, D. 2004, 1489, G. TAORMINA, pour une saisie attribution. Également présenté comme l'arrêt de revirement : com. 7 déc. 2004, n°02-20732, P, D. 2005, p. 77, A. LIENHARD, p. 230, C.

On pourrait penser que l'affaire est entendue et qu'il résulte bel et bien des arrêts précités que les échéances postérieures au jugement d'ouverture correspondent à une créance née antérieurement et définitivement sortie du patrimoine par l'effet attributif immédiat de la saisie dès avant l'ouverture de la procédure¹. C'est sans compter la force imaginative de la doctrine. Les partisans d'une naissance successive de la créance soutiennent en effet qu'il s'agit là d'une fiction juridique favorable à l'efficacité des voies d'exécution, le tout au détriment de la procédure collective. Pour ces auteurs, on fait comme si la créance était née avant l'ouverture de la procédure, mais tel n'est pas réellement le cas, c'est une fiction. Il importe donc de répliquer à une telle argumentation afin de maintenir les conclusions que nous avons énoncées quant à la date de naissance des créances.

b) Le rejet d'une explication par la fiction juridique

158. Tant l'arrêt de chambre mixte précitée que ses prédécesseurs de la seconde chambre civile ou l'avis de 1996 se fondent expressément sur des textes qui consacrent explicitement la solution², l'article 13 de la loi du 9 juillet 1991³ prévoyant la possibilité de saisir une créance à exécution successive, l'art. 69 du décret de 1992⁴ qui prévoit qu'en la circonstance le tiers saisi paie le créancier saisissant au fur et à mesure des échéances et l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991⁵ qui dispose expressément en son 2^{ème} alinéa que l'ouverture d'une procédure collective ne fait pas obstacle aux effets de la saisie. L'argumentation des partisans des thèses matérialiste et périodique est donc à dire que ces textes ne sont pas l'expression du droit commun mais celle d'un droit dérogatoire propre aux voies d'exécution qui consiste à faire comme si les échéances postérieures étaient nées dès avant la signification de la saisie, et par conséquent de l'éventuel jugement d'ouverture du débiteur saisi, alors que tel n'est en réalité pas le cas.

Ces auteurs ont ainsi pu soutenir que la solution ne correspond pas au droit commun de la date de naissance successive des créances et qu'il y avait lieu de la remettre en cause lorsqu'elle tombe en balance avec l'ouverture d'une procédure collective. Pour eux, l'issue du conflit relève davantage d'un conflit de politique juridique entre deux branches du droit, les voies d'exécution et les

LARROUMET, *JCP G* 2005 I 147 n°4 P. PÉTEL, *JCP E* 2005 n°236, S. RABY, *Dr. et proc.* 2005, p. 91, P. CROCQ, *RTD civ.* 2005, 132, J. MESTRE et B. FAGES, *RTD com.* 2005, 415, A. MARTIN-SERF, *Def.* 2005, 38177, p. 997, D. GIBIRILA, *Banque et droit* 2005, n°100, p. 50, T. BONNEAU, *RD bancaire et fin.* 2005, n°2, p. 23, F.-X. LUCAS. Mais il s'agissait d'une cession Dailly et non d'une voie d'exécution. Surtout, la créance cédée était issue d'un contrat instantané, vente d'une chose fabriquée postérieurement au jugement d'ouverture, ce qui nuance très fortement l'apport de cet arrêt au regard des contrats à exécution successive. Voir sur la question J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2005, 132, sous com. 7 déc. 2004, préc., qui estiment eux aussi que l'arrêt constitue le revirement, malgré le fait qu'il ne s'agissait pas d'un contrat à exécution successive, eu égard au concept. Il n'en reste pas moins que les arrêts précités sont antérieurs et collent davantage à la problématique tranchée, à savoir les échéances d'un contrat à exécution successive postérieures au jugement d'ouverture.

¹ En ce sens que la décision infère nécessairement la résolution de la problématique quant à la date de naissance de la créance correspondant aux échéances postérieures : D. HOUTCIEFF, *JCP G* 2003 II 10033 et D. LEGEAIS, *JCP E* n°11, 13 mars 2003, 397, notes sous mixte 22 nov. 2002 préc.

² Font notamment la remarque : P. CROCQ, *RTD civ.* 2003, 331 et A. MARTIN-SERF, *RTD com.* 2003, 367, notes sous mixte 22 nov. 2002 préc.

³ Nouvel article L. 112-1 du Code des procédures civiles d'exécution.

⁴ Nouvel article R. 211-15 du Code des procédures civiles d'exécution.

⁵ Nouvel article L. 211-2 du Code des procédures civiles d'exécution.

procédures collectives. Dès lors, soutenant que la solution serait désastreuse pour le droit des entreprises en difficulté, ces auteurs militent pour une solution contraire¹.

Il est vrai que la lettre de la jurisprudence n'est pas heureuse, d'après laquelle la saisie « *poursuit ses effets* »² après l'ouverture de la procédure, semblant ainsi faire exception au principe de suspension des poursuites en cas d'ouverture d'une procédure collective.

La chambre commerciale semble également aller dans le sens d'une fiction. La divergence que nous avons présentée quant à la date de naissance des créances, perçue comme telle par une grande majorité des auteurs, pourrait s'interpréter différemment. Dans cette interprétation alternative, seule la saisie-attribution poursuivrait ses effets par dérogation explicite au droit commun d'une prétendue naissance successive et postérieure des créances d'échéances, tandis que les autres modes de transfert ne comportant pas de dispositions expresses se verraient appliquer ce prétendu droit commun³, le jugement d'ouverture faisant alors obstacle au paiement des échéances postérieures. Dans ce sens, il faut reconnaître que les décisions de la chambre commerciale étaient rendues en matière d'ATD. Or, il n'existe pas en cette matière les textes spécifiques cités pour fonder les décisions contraires de la chambre civile en matière de saisie-attribution. L'article L. 263 du Livre de procédures fiscales (LPF) dispose que l'ATD s'opère « *quelle que soit la date à laquelle les créances même conditionnelles ou à terme... deviennent effectivement exigibles* ». Mais il n'est pas fait mention des créances à exécution successive. Certes, depuis la loi du 9 juillet 1991, l'alinéa 2 de l'article précise que l'ATD emporte l'effet attributif immédiat de l'article L. 211-2 du Code des procédures civiles d'exécution (anc. art. 43 L. 1991), mais ce dernier, s'il précise que le jugement d'ouverture ne remet pas en cause la saisie antérieure, ne reprend pas explicitement le cas des contrats à exécution successive⁴. Un arrêt du 19 mars 1991 de la chambre commerciale pourrait être cité dans le sens d'une telle interprétation car la chambre commerciale avait alors pris la position de la 2^{ème} chambre civile pour la saisie-attribution de salaires⁵ alors même qu'elle avait rendu antérieurement un arrêt en sens contraire en matière d'ATD⁶.

S'ajoute à tout cela que, si la 2^{ème} chambre civile et la chambre mixte ont pris soin d'utiliser une terminologie relevant de l'unicité de la créance, « *une créance de loyer... cette créance... pour les sommes échues* », tel n'était malheureusement pas le cas de l'avis rendu en 1994 qui sous-entend, tout en adoptant la même solution, une multiplicité de créances, dès lors à naissances successives, en mentionnant la « *saisie-attribution des créances à exécution successive* ».

159. Une telle interprétation ne peut d'après nous être acceptée. Deux points peuvent d'emblée être relevés.

¹ B. SOINNE, *LPA* 1^{er} nov. 1996, n°132 p. 4, note sous cass. avis 16 déc. 1996 et civ. 2, 10 juill. 1996.

² Alors qu'en réalité c'est parce qu'elle a épuisé ses effets avant l'ouverture de la procédure collective en opérant transfert de propriété de la créance dans son intégralité, y compris pour les échéances futures, que le jugement d'ouverture d'une procédure ne constitue pas un obstacle.

³ C. LARROUMET (*D.* 2003, 445, note sous mixte 22 nov. 2002 préc.) expose la problématique en termes de droit commun ou dérogatoire mais opte définitivement pour mettre la décision de chambre mixte sous la bannière du droit commun, donc d'une naissance antérieure de la créance correspondant aux échéances postérieures.

⁴ P. ANCEL le remarque pertinemment (*D.* 1996, 625, note sous civ. 2, 10 juill. 1996 n°94-19551, P, op. cit. n°156). Et l'avocat général R. VIRICELLES observait dans ses conclusions sous mixte 22 nov. 2002 (préc.) qu'il n'était pas logique de réserver un sort particulier en saisie-attribution au motif de l'existence d'un texte.

⁵ Com. 19 mars 1991 n°89-10783, P.

⁶ Com. 26 juin 1990 n°88-18935, P, préc.

Premièrement, dans l'arrêt précité du 19 mars 1991, la chambre commerciale qualifiait faussement la créance de salaires saisie-attribuée de « *créance conditionnelle* » et non pas de créance à exécution successive, si bien qu'il n'est pas certain que la Cour aurait adopté la même solution pour une telle créance.

Deuxièmement, si la fiabilité terminologique en matière d'unicité ou de pluralité de créance(s) peut être remise en cause, tel n'est pas le cas du mécanisme expliquant la solution que les arrêts viennent préciser, le transfert de patrimoine antérieur à l'ouverture de la procédure collective. Or, ce transfert implique que les échéances postérieures correspondaient à une créance née avant l'ouverture de la procédure pour avoir pu s'opérer. Si la solution avait reposé sur la fiction des textes, les arrêts se seraient passés de cette explication du mécanisme fondamental reposant derrière la solution et qui nie la fiction, à tout le moins les arrêts auraient-ils précisé, non pas que le transfert s'était opéré avant, mais que tout se passait comme si le transfert s'était opéré avant l'ouverture de la procédure. Tel n'est pas le cas. L'arrêt de chambre mixte lui-même ainsi que l'arrêt de revirement de chambre commerciale viennent préciser in fine la raison profonde de la poursuite des effets de la saisie-attribution après le jugement d'ouverture, « *la saisie avait définitivement produit son effet attributif avant ledit jugement...* ». Or, cet effet attributif immédiat n'étant pas autre chose que le transfert de propriété, cela signifie bien que la solution ne repose pas sur une fiction légale, mais sur le transfert antérieur de la créance d'ores et déjà née pour le tout.

C'est surtout sous trois points de vue que l'argumentation de la fiction peut être rejeté, d'abord sur le terrain de la spécificité des textes qui lui est normalement inhérente, ensuite du fait que ce serait davantage la solution contraire anciennement adoptée par la chambre commerciale en matière d'ATD qui relèverait de la fiction, enfin parce que l'adoption relèverait d'un choix politique qui ne peut être opéré entre les impératifs du droit des entreprises en difficulté et ceux du droit des voies d'exécution.

160. En premier lieu, une argumentation reposant sur la spécialité des textes pousse à rejeter la fiction pour confirmer que la solution repose bien sur la naissance effective et antérieure d'une seule créance correspondant à toutes les échéances postérieures.

La généralisation de la solution montre que celle-ci n'est pas fondée sur une exception légale. Elle n'est pas cantonnée à la seule saisie-attribution. Dépasant la controverse quant à l'appréciation de la solution et quant à la date de naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive, les auteurs¹ ayant commenté les solutions rendues en matière de conflit d'un mode de transmission volontaire ou non de la créance à exécution successive avec l'ouverture d'une procédure collective, s'accordent tous sur le point que, si la poursuite des effets du transfert après le jugement d'ouverture correspond à la date de naissance de droit commun des créances issues d'un contrat à exécution successive, une naissance pour le tout au jour du contrat, alors la solution doit être étendue à tous les autres modes de transfert, toute voie d'exécution emportant effet attributif immédiat, mais également toute cession ou subrogation. Si au contraire la solution ne correspond pas au droit commun des obligations en matière de date de naissance des créances, si la naissance est en réalité successive et donc pour partie postérieure au jugement d'ouverture, alors la poursuite des effets de la saisie doit

¹ Pour un exposé très clair de ce raisonnement : C. LARROUMET, *D.* 2003, 445, note sous mixte 22 nov. 2002, préc.

être cantonnée à cette dernière et ne peut être étendue aux autres modes de transmission, puisque, s'agissant d'une fiction, elle est d'interprétation stricte et puisque la propriété de la créance n'a pu être transférée, celle-ci n'étant dans cette hypothèse pas née pour les échéances postérieures au jour du jugement d'ouverture. Or, il est possible de constater que la solution adoptée pour la chambre mixte le 22 novembre 2002 s'applique aujourd'hui à tous les modes de transfert, à toutes les voies d'exécution pouvant porter sur une créance à exécution successive tels l'ATD ou l'opposition à tiers détenteur, ainsi qu'à la cession de cette même créance, qu'il s'agisse de la cession de droit commun ou d'une cession par bordereau.

Il pourrait toutefois être répliqué que l'existence de dispositions spéciales dans certains de ces autres modes de transmission confirme la thèse d'une fiction légale¹. En effet, des dispositions spécifiques ont également été érigées, tant pour l'opposition à tiers détenteur que pour la cession Dailly.

L'opposition à tiers détenteur constitue une forme de saisie-attribution octroyée aux organismes sociaux des non-salariés pour le recouvrement des cotisations dues par les assujettis et dont disposent les articles L. 652-3 du Code de la sécurité sociale et L. 725-12 du Code rural et de la pêche maritime. Conformément aux seconds alinéas de ces articles, elle emporte l'effet attributif immédiat prévu pour la saisie-attribution par l'article L. 211-2 du Code des procédures civiles d'exécution, à savoir le transfert de propriété de la créance touchée par l'opposition. Or, dans chacun des deux Codes, il existe des dispositions spécifiques dans la partie réglementaire concernant la saisie des créances à exécution successive, aux articles R. 652-8 al. 2 du Code de la sécurité sociale et R. 725-18 al. 2 du Code rural et de la pêche maritime : « *Une opposition à tiers détenteur sur des créances à exécution successive pratiquée... avant... ouverture d'une procédure... produit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement* »².

La cession de créances professionnelles dont traitent les articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier (CMF) repose également sur un transfert de propriété de la créance cédée explicité par l'article L. 313-27 du même Code et qui s'effectue à la date du bordereau Dailly. Or, la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière est venue préciser qu'il en était ainsi, que le transfert de propriété de la créance cédée s'opérerait à la date apposée sur le bordereau, « *quelle que soit la date de naissance... des créances* »³. Cette disposition laisse le champ libre au fondement d'une fiction légale pour la poursuite des effets d'une cession Dailly de créance à exécution successive antérieure à l'ouverture d'une procédure collective sur les échéances de la créance cédée postérieure à cette dernière. Et les articles L. 214-43 et L. 515-21 du même Code reprennent des dispositions similaires, ajoutées par la même loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003, concernant des cas particuliers de cession de créances professionnelles par bordereau, la cession à des organismes de titrisation⁴ pour le premier et la cession à des sociétés de crédit foncier pour le second.

Il existe donc trois modalités textuelles différentes pour s'assurer que le transfert s'opère pour les échéances postérieures au jugement d'ouverture d'une créance transférée avant. Du général vers le plus particulier, la conjugaison des articles 13 et 43 de la loi de 1991 et son décret d'application pour

¹ P. ANCEL, D. 1996, 625, note sous civ. 2, 10 juill. 1996 n°94-19551, P, op. cit. n°156.

² L'alinéa est identique dans les deux articles. Ces deux dispositions réglementaires spécifiques aux créances à exécution successive sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2000. Il s'agit de toute évidence d'une transposition de la jurisprudence rendue de la 2^{ème} chambre civile de l'époque rendue en matière de saisie-attribution.

³ C'est dire que la loi de sécurité financière engendre l'insécurité juridique en sacrifiant ainsi la cohérence du droit privé sur l'autel de l'efficacité aveugle et déraisonnée de la cession Dailly de créances à exécution successive.

⁴ Visant sans doute à regrouper les créances cédées pour les transformer en valeurs mobilières de placement.

la saisie attribution qui prévoient les modalités de saisie d'une créance à exécution successive, les articles L. 313-27, L. 214-43 et L. 515-21 du code Monétaire et financier qui prévoient depuis la loi du 1^{er} août 2003 que la date du transfert de propriété de la créance cédée sera la date apposée sur le bordereau quelle que soit la date de naissance de la créance, autrement dit, pour la créance à exécution successive, même dans l'éventualité où les échéances postérieures de la créance correspondraient à des créances nées après le jugement d'ouverture et les articles R. 652-8 al. 2 du Code de la sécurité sociale et R. 725-18 al. 2 du Code rural et de la pêche maritime pour le droit d'opposition qui prévoient explicitement son application aux créances à exécution successive, disposant explicitement que l'opposition produit ses effets sur les sommes échues postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective.

Il apparaît que la généralisation des dispositions spéciales heurte la nature de spécificité inhérente à une fiction juridique. Si la seule disposition spécifique pour la saisie-attribution aurait pu être la marque d'une fiction juridique, tel n'est plus le cas lorsque cette disposition spécifique est en réalité généralisée aux autres modes de transfert, en l'espèce l'opposition à tiers détenteur et les différents modes de cessions de créances professionnelles par bordereau.

L'observation des solutions rendues en matière d'ATD viennent conforter cette vision de l'expression du droit commun et non pas d'une fiction légale. En effet, il n'existe pas de dispositions spécifiques en matière de contrat à exécution successive en matière d'ATD. Pourtant, la solution adoptée reste la même, le jugement poursuit ses effets sur les échéances postérieures au jugement d'ouverture.

Il s'ensuit bien qu'en réalité, nul besoin donc de textes spécifiques¹, la solution n'est que l'expression du droit commun : une naissance antérieure d'une unique créance pour toutes les échéances postérieures. Elle doit à ce titre être généralisée aux autres cas qui, comme l'ATD, ne comportent pas de dispositions spécifiques aux contrats à exécution successive telles la cession de droit commun ou la subrogation personnelle.

161. En second lieu, la proposition peut d'après nous être renversée. Ce n'est pas la solution actuelle, adoptée par l'arrêt de chambre mixte, d'une poursuite des effets sur les échéances postérieures qui constitue une fiction, mais au contraire la jurisprudence antérieure de la chambre commerciale de la cour de cassation d'après laquelle le jugement d'ouverture d'une procédure faisait obstacle au paiement des échéances postérieures au Trésor public qui constituait la fiction juridique.

Reprenons la lettre de l'arrêt de la chambre commerciale du 24 octobre 1995 généralement cité comme emblématique de la jurisprudence de la chambre commerciale s'opposant à la 2^{ème} chambre civile en ce qu'elle fait obstacle à la poursuite des effets d'une saisie-attribution sur les échéances postérieures au jugement d'ouverture : « *La créance de loyers échus postérieurement au prononcé du redressement judiciaire était soumise aux règles de cette procédure, ce dont il résulte qu'en raison de l'indisponibilité dont elle se trouvait frappée dans le patrimoine du débiteur par l'effet de l'interdiction des paiements édictée par l'article 33..., **cette créance** échappait au transport-cession*

¹ Bien au contraire, la naissance de la créance à exécution successive étant précisée, toutes les dispositions spécifiques précitées devraient être supprimées en ce que, ne constituant au final qu'une mauvaise redite du droit commun, elles obscurcissent le droit en donnant une fausse impression de dispositions dérogatoires, outre le fait qu'elles contribuent inutilement et dangereusement à l'inflation législative galopante contraire au principe d'accessibilité du droit.

*opéré par l'avis au profit du Trésor pour les seules sommes **échues** avant le jugement d'ouverture »¹. Il peut être constaté que la terminologie utilisée ne relève pas d'une pluralité de créances qui correspondrait à la thèse d'après laquelle les créances naissent successivement aux dates de début de période contractuelle. La terminologie est identique avec celle utilisée par la chambre civile et dont on sait qu'elle rend une décision contraire en matière de saisie-attribution, « *la créance de loyers échus postérieurement* », « *cette créance* », « *les sommes échues avant* » ; à suivre cette terminologie, il y a bien pour la Cour une unique créance à exigibilité successive. Cela laisse la porte ouverte à l'interprétation suivante : bien que les échéances postérieures soient nées avant le jugement d'ouverture, la chambre commerciale décide de faire obstacle au paiement du créancier en invoquant les règles particulières du droit des procédures collectives. Il y aurait donc eu ici fiction juridique au profit des procédures collectives.*

Une réflexion approfondie sur le fondement invoqué conforte cette idée. La Cour s'appuie sur l'interdiction des paiements énoncée à l'art. 33 de la loi du 25 janvier 1985, nouvellement art. L. 622-7 du Code de commerce (anc. art. L. 621-24). La grande majorité des auteurs font alors remarquer qu'il y a méprise car ce n'est pas le débiteur en procédure collective qui paie, mais le tiers saisi in bonis qui n'est pas atteint par la procédure collective de son créancier et qui n'est pas touché par l'interdiction des paiements². Cependant, la confusion semble trop évidente pour que la Haute juridiction l'ait réellement faite. Il apparaît plus probable que la chambre commerciale entende transcender les réalités purement juridiques pour fonder son raisonnement sur une vision plus économique³ : bien que le paiement soit effectué par le tiers saisi, ce paiement a malgré tout pour effet d'éteindre la dette du débiteur en procédure collective à l'égard du créancier saisissant⁴ ; à cet égard, il s'agit donc bien d'un paiement de la dette du débiteur soumis à la procédure collective, bien que ce ne soit pas techniquement lui qui paie. Il y a en quelque sorte, et pour reprendre une distinction opérée en paiement de l'indu, solvens matériel et solvens intellectuel : bien que le débiteur en procédure collective ne soit pas le solvens matériel qui effectue matériellement le paiement, il n'en est pas moins le solvens matériel qui bénéficie du paiement par l'extinction de sa dette. Or, cette extinction de la dette se fait bien au seul profit du créancier, pour l'intégralité de sa dette et au détriment des autres créanciers du débiteur soumis à la procédure collective. Pour cette raison, les auteurs justifient la solution et critique toute issue contraire, parfois alors même qu'ils se posent comme défenseurs du principe de naissance de la créance au jour du contrat, y compris pour les échéances postérieures. L'opération est commandée par la réalité économique du paiement des échéances postérieures de la créance saisie au créancier saisissant, un paiement effectué en contradiction avec le principe d'égalité des créanciers lors d'une procédure collective dont les corollaires ne sont autres que la suspension des poursuites et l'interdiction des paiements invoqués par la Cour dans l'arrêt précité⁵.

¹ Com. 24 oct. 1995, n° 93-10351, P, préc.

² JP. SÉNÉCHAL, « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *LPA* 22 déc. 1999 n° 254 p. 34, E. PUTMAN, *JCP G* 1996 II 22578 note sous com. 24 oct. 1995, préc., A. MARTIN-SERF, *RTD com.* 2003, 367, note sous mixte 22 nov. 2002, préc.

³ D. HOUTCIEFF (note sous mixte 22 nov. 2002 préc.), constitue l'un des rares auteurs à trouver parfaitement compréhensible l'invocation de l'interdiction des paiements pour faire obstacle à la poursuite des effets de la saisie sur les échéances postérieures, alors même que l'auteur soutient la thèse d'une naissance de la créance de loyers au jour du tout au jour du contrat.

⁴ C. LARROUMET (*D.* 2003, 445, note sous mixte 22 nov. 2002 préc.) en fait la remarque de façon incidente.

⁵ R. VIRICELLES, avocat général, avis contraire sous mixte 22 nov. 2002 (préc.), *BICC* n° 569 du 15 janv. 2003.

Partant du raisonnement que le droit des procédures collectives doit transcender les aspects juridiques pour se baser sur le résultat économique de la situation, il n'est pas que les autres créanciers qui se trouvent lésés en ce que le créancier saisissant passe avant eux quant à la « distribution exclusive anticipée » du produit de la créance saisie, le paiement des loyers. Des auteurs remarquent pertinemment qu'une autre catégorie se trouve lésée, les créanciers privilégiés de l'ancien article 40¹ (nouvel art. L. 622-17 du Code de commerce, anc. art. L. 621-32), car le gage de ces créanciers qui financent l'entreprise en difficultés se trouve d'autant amoindri au seul bénéfice d'un créancier antérieur qui avait financé l'entreprise au temps où celle-ci était in bonis et n'avait donc pas pris le risque que justifie le privilège de l'ancien article 40. Or, sous la bannière du privilège de l'ancien article 40, les créances de rémunération naissent de l'exécution de la prestation, la créance de loyer pour la jouissance des locaux octroyée à l'entreprise en difficulté naît au fur et à mesure de l'occupation du temps qui passe. Et, bien qu'elle ne corresponde pas à la thèse classique d'une naissance des créances au jour du contrat, cette date de naissance particulière, instrumentalisée pour le besoin des procédures collectives, n'est contestée par personne, pas même par des auteurs partisans de la thèse classique qui y voient simplement une fiction juridique nécessaire au droit des entreprises en difficultés. Il est remarquable d'observer que c'est cette même date de naissance qui est reprise par la chambre commerciale dans d'autres arrêts que l'arrêt précité de 1995 pour faire obstacle par l'ouverture de la procédure collective au paiement des échéances postérieures.² Rappelons les termes à cet égard de l'arrêt du 26 juin 1990 précédemment utilisé pour présenter l'antagonisme des solutions avec la 2^{ème} chambre civile : « *Mais attendu que la créance, ni à terme ni conditionnelle, de la somme due au titre des loyers échus depuis le prononcé du redressement judiciaire n'ayant pris naissance qu'en raison de la continuation, pour la période postérieure à cette décision et en vertu de la faculté ouverte par les art. 37 ... de la loi du 25 janvier 1985..., les avis à tiers détenteur, peu important qu'ils aient acquis un caractère définitif avant l'ouverture de la procédure collective, n'avaient pu entraîner le transfert de cette créance dans le patrimoine du Trésor* »³. Contrairement à l'arrêt de 1995, celui-ci affirme la naissance postérieure des échéances survenues après le jugement d'ouverture. Toutefois, la motivation demeure tout de même dans la ligne droite de ce que nous venons d'exposer car l'arrêt insiste bien sur la continuation du contrat concerné après l'ouverture de la procédure collective. Cela signifierait que la continuation du contrat après l'ouverture⁴ fait entrer sous l'empire de la date de naissance telle qu'elle est appréciée en la matière pour les besoins du redressement de l'entreprise, une date de naissance dérogatoire, une naissance des créances de rémunération à la date d'exécution de la prestation corrélative. L'idée est d'autant moins contestable que les auteurs⁵ remarquent généralement qu'il suffira au mandataire judiciaire de résilier le contrat duquel était née la créance à exécution successive afin d'en souscrire un nouveau pour l'avenir, au besoin avec le même cocontractant, pour contourner la jurisprudence de

¹ G.-A. LIKILLIMBA, *RJDA* juill. 2001 p. 663 spéc. n°4.

² A. MARTIN-SERF, *RTD com.* 2003, p. 367, note sous mixte 22 nov. 2002 (préc.), fait notamment le rapprochement avec la jurisprudence rendue en matière d'application de l'anc. art. 40 de la loi de 1985.

³ Com. 26 juin 1990 n°88-18935, P, préc.

⁴ A. LIENHARD (*D.* 2002, 3270, note sous mixte 22 nov. 2002, préc.) observe que la chambre commerciale « demeure fidèle à la conception voulant que la poursuite du contrat profite davantage aux créanciers postérieurs qu'à un unique créancier antérieur ».

⁵ JP. SÉNÉCHAL, « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *LPA* 22 déc. 1999, n°254, p. 34, spéc. I.B.1. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ 9^{ème} éd. 2012, n°777-2. M. CABRILLAC, obs. sous com. 26 avr. 2000 n°97-10415, P, *RTD. com.* 2000, 994.

la chambre mixte¹. Ainsi, au privilège de l'ancien article 40, qui désigne de la sorte le passif qui en est bénéficiaire, doit correspondre un actif gage prioritaire de ces créanciers finançant la continuation d'exploitation malgré le risque d'insolvabilité, un actif déterminé de la même façon par l'utilisation d'une date de naissance matérialiste. Autrement dit, il n'apparaît pas incongru que les bailleurs bénéficient pour la garantie du paiement de leurs loyers postérieurs des mêmes loyers postérieurs que devrait percevoir le débiteur en procédure collective pour les locations qu'il octroie lui-même à ses clients.

À la suite de cet aperçu de ce qu'aurait pu être le raisonnement suivi par la chambre commerciale pour faire obstacle au paiement des créances postérieures, il apparaît tout de même, à notre avis, qu'il est plus vraisemblable que, si fiction il doit y avoir, elle concernerait davantage la jurisprudence de la chambre commerciale faisant obstacle au paiement des échéances postérieures que celle de la chambre civile autorisant la poursuite des effets de la saisie pour le paiement des échéances postérieures. Dès lors, si c'est la naissance successive des créances qui constitue une fiction juridique, c'est bien que la naissance au jour du contrat des échéances postérieures ne constitue pas quant à elle une fiction, mais une réalité, le droit commun des obligations en matière de date de naissance de la créance.

162. En troisième et dernier lieu, l'indifférence des arguments d'opportunité invoqués mène également au rejet du fondement d'une fiction juridique en la matière. La remarque semble aller à contre-courant car la question s'avère plutôt présentée comme un problème de choix politique entre le droit des voies d'exécution et le droit des procédures collectives². Mais c'est justement parce qu'il y a des arguments pour l'un comme pour l'autre qu'ils s'inhibent les uns les autres et ne peuvent dès lors que laisser place à l'application objective du droit, des mécanismes mis en œuvre articulés avec la date de naissance des créances concernées.

Les auteurs ayant commenté les solutions rendues en la matière soulèvent généralement des arguments d'opportunité en faveur du droit des procédures collectives, arguments que nous avons déjà rencontrés précédemment : principe d'égalité des créanciers, résiliation probable du contrat source de la créance à exécution successive par le liquidateur, et surtout gage du privilège de l'ancien article 40 derrière lequel se cache le crédit de l'entreprise en procédure collective. Mais il existe des arguments en sens inverse en faveur du créancier bénéficiaire du transfert de la créance.

Outre la revalorisation de la saisie-attribution voulue par le législateur de 1991, l'argumentation de Madame Malecki³ apparaît extrêmement pertinente. Au sujet du conflit avec une cession Dailly, l'auteur remarque, pour le banquier cessionnaire de la créance à exécution successive, que celui-ci aura bien souvent financé l'acquisition ou la fabrication du bien objet du contrat à exécution successive ayant donné lieu à la saisie, par exemple le financement de l'immeuble loué dont les loyers ont été cédés au banquier à titre de garantie. Cette remarque fut d'ailleurs entendue par le

¹ C'est à notre avis montrer trop de confiance envers la diligence des mandataire-liquidateurs car, pour résilier ledit contrat, encore faut-il qu'ils aient conscience de son existence alors que, par hypothèse l'entreprise en procédure collective n'en perçoit plus les fruits, si bien qu'il n'y en a plus trace dans les flux financiers.

² A. LIENHARD (D. 2002, 3270, note sous mixte 22 nov. 2002, préc.) exprime très clairement cette idée de « *choix politique* », ce tiraillement entre la loi de 1991, « *revaloriser l'avantage au premier saisissant* », et les textes en matière de procédure collective, « *faire prévaloir la sacro-sainte règle de l'égalité des créanciers chirographaires* ». Également R. PERROT, *RTD civ.* 2003, 146, note sous mixte 22 nov. 2002, préc.

³ C. MALÉCKI, « Le bordereau Dailly à l'épreuve du droit des procédures collectives », *mél. Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 767.

législateur. Même en l'état actuel où la cession l'emporte sur l'ouverture de la procédure collective, par application de l'arrêt de chambre mixte précité, la doctrine avait remarqué que le mandataire liquidateur n'avait plus qu'à mettre fin à la poursuite du contrat à l'origine de la créance cédée puisque celui-ci était dorénavant poursuivi à perte par l'entreprise en difficulté. Pour cette raison, le législateur est venu édicter des dispositions spéciales visant à empêcher une telle résiliation, pour l'instant uniquement pour les cessions très spéciales de créances professionnelles à un organisme de titrisation ou à une société de crédit foncier. Les articles L. 214-43 et L. 515-21 du CMF disposent ainsi que « *Lorsque les créances résultent d'un contrat de crédit-bail, la survenance d'une procédure... du crédit-bailleur cédant en cours de contrat ne peut remettre en cause la poursuite du contrat de crédit-bail* »¹. Alors que cet article L. 515-21 ne vise que le contrat de crédit-bail, l'article L. 214-43 vise quant à lui également le contrat de bail.

La réflexion réflexion peut dès lors être approfondie au regard de cette donnée. Ces dispositions spéciales précitées se situent dans la ligne droite de la remarque opérée par Mme Malecki, elles visent à déroger aux règles ordinaires du droit des procédures collectives pour favoriser l'institution cessionnaire de la créance. Il n'y a cependant aucune raison que cette mesure dérogatoire soit limitée au contrat de crédit-bail dans un cas et étendue au contrat de bail dans l'autre². Surtout, il n'est aucune raison pour que la limitation se borne à ces deux types de contrat. Et il n'est aucune raison non plus pour qu'elle se limite à ces deux cas spéciaux de cessions par bordereau, ni même au mécanisme de la cession. En effet, la pertinente remarque de Madame Malecki peut pareillement valoir pour un cas de saisie-attribution car un fournisseur impayé des matières ayant servi à la construction de l'immeuble loué peut très bien avoir saisi la créance de loyer produite par ledit immeuble. Il n'y a pas de différence entre ce fournisseur et le banquier car tous deux ont contribué à l'acquisition par le débiteur en procédure collective de la chose louée.

En réalité, la clé doit être recherchée dans un critère permettant de déterminer les créances dont le recouvrement devra l'emporter sur le droit des procédures collectives au point de mettre à mal la faculté de résiliation du mandataire. Cette clé se trouve d'après nous dans un rapport de **connexité** entre la créance cause du transfert³ et la créance objet du transfert. Il y a un lien de connexité entre la créance de prix et la créance de loyers lorsque le prix correspond aux matériaux ayant servi à la construction de la chose louée. Il y a corrélation entre la créance de remboursement du prêt et la créance de loyers lorsque le prêt a servi au financement de l'acquisition de la chose louée. Peu importe que le paiement du prix soit recherché par une saisie-attribution des loyers ou que le remboursement du prêt ait été garanti par une cession Dailly à titre de garantie de la créance de loyers.

¹ Art. L. 515-21 du Code monétaire et financier. L'art. L. 214-43 du même Code vise quant à lui le bail en plus du crédit-bail, outre quelques différences formelles non significatives. Ces dispositions sont de mauvaise facture. Aujourd'hui, même l'ouverture d'une liquidation judiciaire n'emporte pas cessation des contrats en cours. Ce n'est donc pas la survenance de la procédure qui peut mettre fin au contrat, mais plutôt la décision de résiliation du mandataire judiciaire (anc. art. 37 L. 1985). Gageons que le texte sera interprété en ce sens, à défaut il n'en aura aucun.

² Rien ne justifie cette différence entre les deux textes, mais la rédaction à des époques différentes l'explique sans doute : Loi du 1er août 2003 pour l'art. L. 515-21 du Code monétaire et financier qui ne vise que le crédit-bail et ordonnance du 13 juin 2008 pour l'art. L. 214-43 du même Code qui vise en sus le bail ; gageons que le législateur aura le temps de penser à un nouveau contrat d'ici la prochaine loi en ce sens.

³ Que ce soit par le biais d'une saisie ou d'une cession à titre de paiement simplifié ou à titre de garantie.

163. Il existe donc des arguments pratiques et d'opportunité dans les deux sens. Dès lors, il n'est pas de raison de rendre des solutions sur le terrain d'une fiction juridique dérogatoire à la date de naissance normale des créances. La sécurité juridique commande au contraire de s'en tenir à l'application stricte et objective de la règle de droit. Pour conforter cette idée il suffit de constater que le législateur a choisi d'établir un droit dérogatoire en faveur de l'institution cessionnaire de la créance et non pas en faveur du droit des procédures collectives. Pour achever de convaincre, ni la dérogation actuelle fondée sur la nature du contrat ayant donné vie à la créance cédée, ni le critère que nous estimons plus adéquat du rapport de connexité entre la créance objet du transfert et la créance cause du transfert ne placent la fiction sur le terrain de la date de naissance de la créance. C'est dire que, si fiction il doit y avoir, elle ne doit pas déroger à l'application de la date de naissance de la créance de droit commun, la naissance au jour du contrat de toutes les échéances postérieures, ce pour quoi la saisie n'a pas à être signifiée de nouveau à chaque échéance, ce pour quoi l'ouverture d'une procédure collective ne fait pas obstacle à la poursuite de ses effets postérieurement à l'ouverture de la procédure collective.

Le rejet d'une fiction et l'application du droit commun s'imposent donc à défaut d'arguments forts et univoques dans le sens d'une fiction juridique dérogeant à la date de naissance normale de la créance. Pour cette raison, la solution exprimée par l'arrêt précité de chambre mixte du 22 novembre 2002 d'après lequel la saisie-attribution d'une créance à exécution successive poursuit ses effets sur les échéances postérieures n'est pas fondée sur une fiction dérogatoire à la date de naissance normale de la créance, mais repose véritablement sur cette dernière, une naissance au jour du contrat pour toutes les échéances postérieures. Les thèses matérialiste et périodique d'une naissance des loyers au fur et à mesure de la jouissance octroyée ou bien encore d'une multitude de renaissances successives à chaque début de période contractuelle s'en trouvent contredites.

Ce rejet d'une fiction juridique en matière de saisie-attribution emporte l'extension de la solution aux autres modes de transfert de la créance à exécution successive. Certains auteurs¹ considèrent en effet que la cohérence du droit commande l'édiction d'une solution uniforme en la matière, ce pourquoi la solution de la chambre mixte doit être étendue, notamment à la cession de créances à exécution successive. Mais l'analyse de cette dernière au regard de la date de naissance des créances diffère nécessairement à certains égards de celle employée pour la saisie-attribution. En effet, alors que la saisie ne peut pas s'opérer sur une créance future, encore inexistante au jour de la saisie, la cession peut au contraire embrasser une créance qui n'est pas encore née au jour du contrat de cession.

B. L'efficacité de la cession des échéances postérieures

164. Qu'il s'agisse d'une saisie-attribution ou d'une cession, les deux institutions reposent sur le transfert de propriété de la créance transmise. C'est ce transfert de propriété qui nécessite de se préoccuper de la date de naissance de la créance cédée. Pour qu'il puisse s'opérer, encore faut-il que la créance soit née, qu'elle existe. La cession de créance présente pourtant la particularité de pouvoir

¹ P. CROCQ *RTD civ.* 2003 p. 331, A. MARTIN-SERF *RTD com.* 2003 p. 367 et D. LEGEAIS, *JCP E* n°11, 13 mars 2003, 397, notes sous mixte 22 nov. 2002, préc. n°157 : la cohérence du droit commande l'extension de la solution à tout mode de transfert.

porter sur une créance qui n'est pas encore née, tandis que la saisie ne saurait appréhender une chose qui n'existe pas encore. Cette différence fondamentale impliquait une étude distincte, car la démonstration sur le terrain de la date de naissance de la créance nécessite alors un raisonnement différent, même si la jurisprudence semble avoir placé saisie et cession sous l'égide de solution identique. Mais cette proximité explique qu'il puisse être nécessaire de se référer aux développements précédents sur la saisie-attribution afin de bien comprendre la jurisprudence sur la cession.

165. Du fait de la validité d'une cession de créance future, mais de l'invalidité d'une saisie de créance future, le cheminement suivi ne peut être le même. La seule possibilité de saisie des échéances postérieures militait pour la naissance avant même la signification de la saisie de toutes les échéances postérieures pour lesquelles la saisie n'avait pas à être renouvelée. La jurisprudence sur la confrontation avec l'ouverture d'une procédure collective ne constituait qu'une confirmation des effets intégralement produits antérieurement à l'ouverture de la procédure. Au contraire, en matière de cession, la seule cession incluant les échéances postérieures ne suffirait pas à la démonstration car la cession poursuit ses effets, même sur des créances futures. L'obstacle lors du cours de ces effets du contrat de cession d'une procédure collective est donc ici nécessaire à la démonstration.

Pour montrer à travers la cession de créance à exécution successive que ses échéances correspondent à une créance née antérieurement, dès le jour du contrat, il ne suffit pas de relever qu'aujourd'hui en jurisprudence la procédure collective du débiteur saisi ouverte après la cession ne fait plus obstacle au paiement au cessionnaire des échéances postérieures (1). Encore faut-il montrer que cette indifférence de l'ouverture d'une procédure collective ne se rencontrerait pas aussi si les échéances postérieures correspondaient à des créances futures nées après l'ouverture dudit jugement (2).

1/ L'indifférence du jugement d'ouverture quant aux échéances postérieures

166. Contrairement à la saisie-attribution, le fait que l'ouverture d'une procédure collective postérieure à la cession de créance à exécution successive n'empêche pas le paiement des échéances qui lui sont postérieures est indispensable pour montrer que ces échéances correspondent à une créance née antérieurement. Encore faut-il montrer que la jurisprudence est en ce sens. Or, s'il est certain qu'elle ne l'a pas toujours été, il n'y a pas de certitude absolue qu'elle le soit pour le cas des contrats à exécution successive continue tel le contrat de bail. Il est néanmoins possible d'extrapoler en ce sens. De l'avis de tous les auteurs, c'est l'arrêt de chambre mixte précité rendu en matière de saisie-attribution qui a commandé un alignement de la chambre commerciale, y compris pour la cession de créance.

Le rappel de la jurisprudence antérieure à 2002 est nécessaire (a) pour pouvoir extrapoler par la suite l'extension du revirement à l'ensemble des contrats à exécution successive (b).

a) *La jurisprudence contraire de la chambre commerciale avant 2002*

167. C'est au sujet de la cession de rémunérations non salariées qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 avril 2000¹ rejette le pourvoi de la banque cessionnaire qui réclamait au débiteur cédé le paiement des échéances postérieures au jugement d'ouverture du cédant au motif que « *le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement* ».

Concernant la cession de loyers, la même chambre rejette pareillement par un arrêt du 13 novembre 2002² le pourvoi de la banque cessionnaire contre l'arrêt d'appel qui avait accueilli la demande du mandataire judiciaire en remboursement des loyers échus après le jugement d'ouverture.

168. Un arrêt du 22 mai 2002³ explicite le fondement de cette solution. Il s'agissait d'un arrêt de cassation ayant notamment pour visa l'article 33 de la loi de 1985 qui concerne l'interdiction de paiement des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective (nouvel art. L. 622-7 du Code de commerce, anciennement L. 621-24). Était en cause une cession de droit commun de loyers. Les juges du fond avaient refusé de condamner le débiteur à payer une seconde fois au motif que le mandataire judiciaire n'était pas en droit d'en réclamer le paiement puisque la créance était définitivement sortie du patrimoine avant l'ouverture de la procédure collective. L'arrêt est cassé au motif que « *le jugement d'ouverture de la procédure collective à l'égard du cédant fait obstacle aux droits du cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement* ».

Avant l'arrêt de chambre mixte du 22 novembre 2002 rendu en matière de saisie-attribution⁴, la chambre commerciale adoptait la même solution en matière de cession Dailly qu'en matière d'avis à tiers détenteur : les échéances postérieures ne pouvaient être payées car elles étaient nées de l'exécution postérieure au jugement d'ouverture, ce pourquoi elles ne pouvaient plus être transférées au cessionnaire en raison de l'indisponibilité du patrimoine du cédant qu'avait emporté l'ouverture de la procédure collective. Tel ne semble plus être le cas depuis l'arrêt de chambre mixte rendu en matière de saisie-attribution.

¹ Com. 26 avr. 2000, n°97-10415, P, *RJDA* juill. 2001, p. 663, G.-A. LIKILLIMBA, *JCP G* 2000, p. 1134, D. LEGEAIS, op. cit. n°161. *RTD com.* 2000, 994, M. CABRILLAC.

² Com. 13 nov. 2002 n°00-10381, inédit.

³ Com. 22 mai 2002 n°99-11052, inédit, *RJDA* 2002, 1168. L'arrêt vise également les articles 1689 et 1690 du Code civil puisqu'il s'agissait d'une cession de droit commun, ainsi que l'art. 107-3 du Code de commerce qui n'avait visiblement rien à voir avec le problème juridique puisqu'il n'était nullement question des nullités de la période suspecte ici. La solution pouvait en réalité se justifier sur un autre fondement que sur la date de naissance successive et postérieure des échéances car il s'agissait d'une cession de droit commun à titre de garantie dont on sait qu'elle se trouve disqualifiée en nantissement de créance qui n'emporte pas transfert de propriété. Dès lors, peu importe la date de naissance de la créance puisque dans tous les cas cette cession n'emportait pas son transfert dans le patrimoine du cessionnaire, l'ouverture de la procédure collective touchant le patrimoine du cédant l'atteignant alors systématiquement pour empêcher le paiement du cessionnaire.

⁴ Cf. supra n°157.

b) *Le revirement depuis 2002*

169. L'arrêt du 7 décembre 2004¹ de la chambre commerciale de la Cour de cassation est classiquement présenté comme l'alignement de la chambre commerciale sur l'arrêt de chambre mixte précité. Cet arrêt concernait certes une cession Dailly, mais il s'agissait d'une créance de prix de vente issue d'un contrat à exécution instantané et non pas à d'une créance exécution successive. Si cet arrêt constituait un revirement de la chambre commerciale malgré la nature inappropriée de la créance cédée, ce serait à cause du contexte, des précédents et de la large publicité à laquelle il était promu². L'interprétation dans le sens d'un revirement mérite cependant d'être étoffée.

La motivation des arrêts antérieurs à 2002, des « *créances nées de la poursuite d'un contrat* » et le fondement de l'interdiction des paiements correspondent à la jurisprudence rendue à la même époque en matière d'ATD dont nous avons vu qu'elle pouvait s'interpréter comme constituant le corollaire de celle rendue sous le privilège de l'ancien article 40 en ce qu'en adoptant une date de naissance des créances similaires, née de l'exécution, elle permettait de fournir un gage plus étendu aux créanciers postérieurs qui alimentent la poursuite de l'activité. Or, la date de naissance de la créance de rémunération à la date d'exécution s'applique également en matière de contrat instantané, notamment en matière de vente où la créance de prix naît du jour de la livraison. Il s'ensuit que, si la chambre commerciale suivait bien avant 2002 ce parallélisme compréhensible avec le privilège de l'ancien article 40, alors son abandon dans cet arrêt du 7 décembre 2004 dans le cadre d'un contrat de vente implique qu'il en soit de même en matière de contrat à exécution successive, que les créances de prix ne naissent plus de l'exécution du contrat mais de la souscription du contrat, dès avant l'exécution de la prestation caractéristique. Autrement dit, l'abandon de la date de naissance dérogatoire du privilège de l'ancien article 40 constitue un abandon pour tous les contrats dans lesquels elle s'applique, à savoir tous les contrats à titre onéreux, qu'ils soient à exécution successive ou instantanée.

170. Un arrêt du 22 novembre 2005³ vient confirmer cette analyse en rendant une décision similaire au sujet d'un contrat à exécution successive échelonnée. Il s'agissait de créances résultant d'un contrat de marché public conclu avec l'OPAC⁴ qui avaient été cédées à la banque par bordereau Dailly. Le mandataire judiciaire de l'entreprise de travaux publics demandait à la banque le remboursement des deux échéances postérieures au jugement d'ouverture et correspondant à deux situations successives de l'état d'avancement des travaux. Comme les échéances postérieures concernaient des travaux exécutées par l'entreprise en procédure collective après le jugement d'ouverture, il s'agissait bien d'un contrat à exécution successive échelonnée dont il pouvait être soutenu conformément à la jurisprudence antérieure à 2002 que les créances étaient nées de la

¹ Com. 7 déc. 2004, n°02-20732, FP + P + B + I, op. cit. n°169.

² J. MESTRE et B. FGES, *RTD civ.* 2005 p. 132.

³ Com. 22 nov. 2005, n°03-15669, P, D. 2005, 3081, X. DELPECH, D. 2006, 2855, P.CROCQ, D. 2007, 760, D. MARTIN, *RTD com.* 2006, 169, D. LEGEAIS, *Def.* 2006, art. 760, E. SAVAUX, *JCP G* 2006 I n°139, p. 953, M. CABRILLAC et P. PÉTEL, *Act. proc. coll.* n°13, R. BONHOMME, *Banque et droit* 2006 n°105, p. 67, T. BONNEAU, *Dr et patr.* 2006, n°145, p. 128, P. DUPICHOT.

⁴ Équivalent de l'office des HLM là où se déroulaient les faits.

poursuite du contrat de marché public après le jugement d'ouverture, ce que ne manquait pas d'invoquer le pourvoi. Celui-ci fut pourtant rejeté, ce qui montre la volonté de la Cour d'étendre l'arrêt de chambre mixte concernant la saisie aux cas de cession de créance, à tout le moins pour les contrats échelonnés, mais vraisemblablement pour tous les contrats à exécution successive¹, y compris ceux à exécution continue.

171. Le jugement d'ouverture d'une procédure collective n'empêche pas la cession antérieure d'une créance à exécution successive de produire ses effets sur les échéances postérieures. Mais cela ne suffit pas à démontrer que les échéances futures correspondent à une créance née avant l'ouverture de la procédure. Encore faut-il pour cela que le jugement d'ouverture fasse obstacle au paiement des créances cédées si elles naissent après sa survenance et seulement pour cette raison. Cela ne va pas forcément de soi car, d'une part la cession de créances futures est valable contrairement à la saisie de créances futures, d'autre part il aurait pu être fait appel à la technique de la fiction juridique.

2/ L'obstacle du jugement d'ouverture à l'efficacité de la cession antérieure de créances nées postérieurement

172. La technique de la fiction juridique doit être écartée comme fondement pour permettre la cession d'une créance future dès avant sa naissance (a). L'ouverture d'une procédure collective avant la naissance de la créance cédée fait donc bien obstacle à son transfert postérieur au jour de sa naissance (b).

a) Le rejet de la fiction juridique comme fondement à l'efficacité d'une cession de créance postérieure au jugement d'ouverture

173. Contrairement à la saisie dont la nature de voie d'exécution pratiquée autoritairement sur le patrimoine du débiteur commande qu'elle ne puisse toucher que les choses présentes dans le patrimoine au moment de sa signification, l'essence du contrat qu'est la cession implique qu'elle puisse appréhender le futur dont la maîtrise constitue sa fonction juridique. La vente d'une chose future est parfaitement valable comme en dispose l'article 1130 du Code civil qui dispose que les contrats peuvent avoir pour objet une chose future². Elle est au demeurant fréquente quant on songe à la vente des récoltes à venir ou de l'immeuble en l'état futur d'achèvement. La cession de créance

¹ Bien que des auteurs cantonnent leur thèse d'une date de naissance des créances au stade de l'exécution du contrat aux seuls contrats à exécution successive continue, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée, mais à l'exclusion des contrats à exécution échelonnée : P. ANCEL, *D.* 1996, 625, note sous civ. 2, 10 juill. 1996 n°94-19551, P, op. cit. n°156.

² POTHIER était clairement en ce sens : « *Les choses qui n'existent pas encore, mais dont on attend l'existence, peuvent être l'objet d'une obligation...* » (POTHIER, *Traité des obligations*, 1821, rééd. Dalloz-Sirey 2011, p.165). Le principe est repris à l'art. 1121-2 dde l'avant-projet Catala, à l'art. 81 du projet du Ministère de la justice, à l'art. 60 du projet Terré et à l'art. 6 :110 PDEC (un contrat peut avoir pour contenu une prestation relative à une chose future). La solution est effectivement identique en droit étranger et en droit international (J. GHESTIN, *Les obligations. La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^{ème} éd. 1999, n°685).

n'échappe pas à cette règle. La jurisprudence valide la cession d'une créance future¹. La créance n'a pas même besoin d'exister en **germe**. Il suffit qu'elle soit suffisamment **identifiée**.

Cette exigence d'identification suffisante ne représente que de l'application du droit commun des articles 1108 alinéa 4 et 1129 du Code civil qui exigent pour la validité du contrat que celui-ci comporte un objet déterminé. Si la créance n'était pas suffisamment identifiée, il faudrait que les parties s'accordent à nouveau sur cette identification. Cela signifierait bien que le contrat n'était pas inexécutable en l'état, qu'il comportait un vice structurel faisant obstacle à sa force obligatoire, à son existence.

174. La réfutation de l'exigence d'un **germe** fut déjà exposée à l'occasion de la saisie-attribution. En matière de cession de créance, depuis qu'elle reconnaît la validité d'une cession de créances futures, la jurisprudence ne fait plus mention de l'exigence d'un germe, mais d'une suffisante identification. La définition précise du concept de germe de créance échappe à tous. La seule constance réside dans le fait que le germe existe lorsque le contrat source de l'obligation existe déjà². Or, la jurisprudence valide régulièrement des cessions de créances futures alors même que les contrats qui en sont la source n'ont pas encore été souscrits et ne sont qu'à l'état d'expectatives³. Est ainsi valable la cession de tous les loyers que pourrait produire un immeuble dans le futur, qu'il s'agisse de baux en cours ou de baux à venir⁴, la cession d'action d'une société qui n'existe pas encore, avant son immatriculation et par conséquent avant l'existence des créances sur la société à venir que constituent les actions⁵, ou encore la cession de créances résultant de commandes futures qui pourront être effectuées par un client habituel⁶.

Inutile, la notion de germe perturbe la cohérence du droit, spécialement en matière de date de naissance de la créance, car elle rend celle-ci **diffuse**. Son utilisation en matière de cession conduit à faire croire qu'on ne peut céder une créance totalement future puisqu'il faut qu'elle existe au moins en germe. Contradictoirement, il a été vu en matière de saisie que le germe y était utilisé pour faire

¹ TA Strasbourg, 28 sept. 1993, *RTD com.* 1994, p. 333, pour la cession d'une subvention avant son attribution définitive. Cette évidence ne fut pas toujours de mise car de vieux arrêts n'acceptaient la validité d'une cession de créance de droit commun que pour autant que la créance existe. C'est cette erreur, pensons-nous, qui fut à l'origine du recours à la notion de germe pour sauver les cessions de créances futures. Le droit spécial de la cession Dailly a eu pour effet positif sur le droit commun de lui permettre d'évoluer par la consécration explicite de la possibilité de porter sur une créance future et par l'approfondissement de la réflexion permettant de fonder cette solution sur l'art. 1130 du Code civil. La notion de germe a malheureusement survécu à cette heureuse évolution, les habitudes terminologiques ont la vie dure, surtout lorsqu'elles penchent pour la facilité d'une absence de rigueur. Voir sur la question, J. Ghestin, la formation du contrat, *Traité LGDJ* n°685.

² J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, traité Économica 2013.

³ Com. 1^{er} févr. 2011 n°10-13595, P, *Banque et droit* 2011, n°136, p. 28, T. BONNEAU, *GP* 24 et 25 juin 2012, p. 34, C. HOUIN-BRESSARD, *RD bancaire et fin.* 2011 n°4, p. 31, F.-J. CRÉDOT et T. SAMIN, la désignation du débiteur cédé n'est pas une mention obligatoire du bordereau, mais seulement l'un des moyens alternatifs susceptibles de permettre aux parties d'effectuer l'identification des créances cédées.

⁴ Com. 22 mai 2002 n°99-11052, inédit, *RJDA* 2002 n°1168, préc. n°168, où la SCI avait cédé à titre de garantie « tous les loyers et toutes les indemnités d'occupation qui pourraient être perçus sur les immeubles qu'elle envisageait de louer ». Dans le même sens, civ. 1, 20 mars 2001, n°99-14982, FS-P, D. 2001, 3110, L. AYNÈS, *JCP G* 2002 II 10124 I. GOAZIOU, *RD bancaire et fin.* 2001, n°6, p. 349, D. LEGEAIS, *Banque* 2001 déc., p. 76, où l'arrêt censure les juges du fonds qui avaient considéré nulle la cession de tous les loyers futurs produits par l'immeuble pour absence de détermination de la créance cédée.

⁵ Com. 26 févr. 2008 n°06-17981 et 06-17982, P, D. 2008, 850, *Rev. sociétés* 2008, 374, T. BONNEAU, *RLDA* 2008, n°1556, A. FAUSSURIER.

⁶ Com. 21 sept. 2004, n°01-13457, inédit, *RD bancaire et fin.* 2005 n°12, p. 19, A. CERLES, cession de commandes futures de porcs par un client déterminé, l'arrêt d'appel considérait que la créance n'était pas suffisamment identifiée, cassation de l'arrêt au motif « qu'il n'était pas contesté que M. X (le cédant) et son débiteur cédé entretenaient des relations d'affaires consistant dans la livraison de procs par le premier au second, ce dont il résultait que les mentions portées permettaient d'individualiser la créance future cédée, laquelle a été payée par le débiteur cédé... ».

croire que l'on pouvait saisir une créance qui n'existait pas encore. Il s'ensuit que la notion de germe conduit à placer sur le même plan la créance actuelle et la créance future. Elle fait croire qu'une créance qui n'existe pas encore existe déjà et à cause d'elle des auteurs finissent par considérer qu'il n'y a pas de différence selon que la créance est présente ou future¹. Cette notion porte donc en elle les germes de la destruction du concept de créance lui-même.

La notion de germe atteint également la cohérence du droit en matière de date de naissance de la créance en **perturbant les mécanismes des institutions** qui l'appréhendent comme un bien. Elle tend ainsi à placer sur le même plan cession et saisie alors que la saisie ne peut porter sur une créance future², tandis que la cession le peut. Rien d'étonnant dès lors que doctrine et jurisprudence ne différencient pas les solutions en saisie et cession de créance. Il convient pourtant de **ne pas confondre les effets personnels et réels du contrat**. Si la cession de créance future est valable, son effet réel, le transfert de propriété de la créance dans le patrimoine du cédant ne saurait être effectué avant la naissance de la créance. La solution ne fait pas de doute lorsque la chose cédée est un bien corporel³. Il n'est pas de raison de faire de différence pour les biens incorporels, en particulier pour la créance⁴.

Bien que la cession de créance future soit valable, contrairement à sa saisie, son transfert de propriété sera reporté à la date d'existence, de naissance de la créance. Or, ce qui importe pour régler l'issue d'un conflit avec l'ouverture d'une procédure collective, c'est cette date de transfert de propriété de la créance, où, quittant le patrimoine du cédant pour aller dans celui du cessionnaire, elle se trouve dorénavant hors d'atteinte de toute mesure qui pourrait frapper le cédant titulaire originaire et son patrimoine.

Toutefois, pour que la date de naissance de la créance joue véritablement son rôle de départiteur d'un conflit entre une cession de créance future et l'ouverture d'une procédure collective par détermination de la date du transfert de propriété, encore faut-il que le droit n'ait pas recours à la fiction juridique qui consisterait à considérer que la créance future a pu faire l'objet d'un transfert de propriété alors même qu'elle n'était pas née, on fait alors comme si la créance était déjà née au jour du contrat de cession de créance, au jour du bordereau Dailly.

¹ J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, th. 1955, n°38, E. PUTMAN, La formation des créances, th. 1987, n°394.

² Cf. supra n°147 et s.

³ Pour un rappel récent : Pour un rappel récent : civ. 3, 22 sept. 2010, n°09-15781, P+B, *JCP G* 2010, 997, p. 1884, *RDI* 2010, 558, O. TOURNAFOND, *RDI* 2011, 564, F. STEINMETZ : dation en paiement d'une chose à construire et donc future, le transfert de propriété au profit du bénéficiaire de la dation ne peut s'opérer que lorsque la chose est effectivement en mesure d'être livrée. Pour un arrêt de principe sur la vente de choses futures, *GP* 1969, 2, 201, *RTD civ.* 1969, 801. En ce sens : J. HUET, C. GRIMALDI, G. DECOCQ, H. LÉCUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, traité LGDJ, 2012, n°11183 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°1278 ; C. LARROUMET, *Traité de droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat, 1ère partie, Conditions de formation*, Economica, 6ème éd. 2007, n°388, pour qui la vente d'une chose future est conditionnelle. Il nous semble qu'il y a confusion entre les effets réels et personnels du contrat. L'obligation de livraison et de paiement du prix naissent immédiatement au jour du contrat, mais l'exigibilité de la livraison sera naturellement reportée au jour de l'existence du bien. Et si la chose ne vient jamais à exister, les obligations sont résolues et la qualification de l'événement ayant fait obstacle ne joue que pour savoir s'il y a responsabilité contractuelle ou non. La différence est importante, car voir la vente entière comme étant conditionnée à l'existence du bien tend à faire croire que le vendeur peut délibérément et impunément ne pas exécuter le contrat en ne faisant pas exister la chose, ce qui n'est sûrement pas dans la pensée de l'auteur.

⁴ Même en cas d'acceptation, la cession est privée d'effet lorsqu'elle portait sur une créance future virtuelle qui n'est jamais parvenu à la réalité : TA Strasbourg 28 sept. 1993, *JCP E* 1994 Pan 4, *RJDA* 1994 n°318, *RTD com.* 1994, 333, M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

175. Le législateur commercial tend vers la fiction juridique en matière de cession de créance par sa volonté aveugle de privilégier systématiquement le banquier cessionnaire, quitte à s'affranchir de toute cohérence juridique ou de la nature des concepts fondamentaux mis en cause tels la créance ou la propriété. La tendance est devenue particulièrement nette avec la loi du 1^{er} août 2003 qui est venue préciser aux articles L. 313-27, 214-43¹ et 515-21² du CMF que le transfert de propriété de la créance cédée s'opérait à la date du bordereau « *quelle que soit la date de naissance... des créances* ». C'est dire qu'en s'affranchissant des concepts fondamentaux du droit privé que sont la créance et la propriété, **la loi de sécurité financière sonne le glas de la sécurité juridique**. Mais l'esprit même de cette fiction était déjà présent dans la loi Dailly de 1981 ayant créé la cession de créances professionnelles par bordereau qui prévoit explicitement la possibilité de céder une créance future mais ménage pas d'autre date que celle du bordereau pour ses effets, le transfert de propriété³.

176. Fort heureusement, la jurisprudence n'a pas suivi le législateur dans cette tendance à la fiction juridique. Ainsi, dans l'arrêt du 7 décembre 2004⁴ précité présenté comme l'arrêt de revirement, si la Cour se réfère aux textes applicables en matière de cession Dailly, notamment à l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier qui prévoit le transfert à la date du bordereau *quelle que soit la date de naissance des créances*, le chapeau continue à faire référence au mécanisme du transfert de propriété ainsi qu'à la date de naissance de la créance, certes par opposition à sa date d'exigibilité dont elle doit être distinguée : « *Attendu qu'il résulte de ces textes que, même si son exigibilité n'est pas encore déterminée, la créance peut être cédée et que, sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture de la procédure collective de ce dernier postérieurement à cette date* ». Les juges du fond avaient considéré que la créance de prix d'une chose vendue avant le jugement d'ouverture mais fabriquée et livrée après était née après le jugement d'ouverture, lors de la fabrication et de la livraison. Par son chapeau, la haute juridiction reproche aux juges du fond d'avoir confondu naissance et exigibilité, ce n'est pas la naissance qui est reportée au jour de fabrication et de livraison, mais l'exigibilité de la créance de prix, la naissance étant quant à elle demeurée antérieure au jugement d'ouverture, au jour de la commande, ce pourquoi la cession a pu transférer la propriété de la créance avant le jugement d'ouverture. L'arrêt se fonde bien sur la date de naissance de la créance et non pas sur une fiction de transfert de propriété avant naissance qui reposerait sur l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier. Sans doute pour cette raison, Alain Lienhard estime que cet ajout de la loi de 2003 « *ne modifie pas vraiment la donne* »⁵.

¹ Cession spéciale par bordereau de créances professionnelles à un organisme de titrisation.

² Cession spéciale par bordereau de créances professionnelles à une société de crédit foncier.

³ La fiction résidait déjà dans l'esprit de la loi Dailly, ce qui mérite d'être relevé. Cela rend la loi de 2003 moins « responsable » mais n'enlève rien à la critique du principe même d'une telle fiction dont l'utilité, d'après nous, n'aurait pour seule origine que les incertitudes en matière de date de naissance des créances à exécution successive. Voir pour cette origine, **J. MESTRE**, « **Gage de choses futures** », **D. 1982, 141**. Cf. CA Metz, 23 juin 1976, *JCP N* 0977 II p. 194 ; CA Paris 4 avr. 1935, *DP* 36 févr. 1936, 2, 34, *S.* 35, 2, 124.

⁴ Com. 7 déc. 2004, n°02-20732, P, op. cit. n°169.

⁵ A. LIENHARD, *D.* 2005 p. 77, note sous com. 7 déc. 2004, op. cit. n°169. Contra C. LARROUMET, *D.* 2003, 445, note sous mixte 22 nov. 2002, op. cit. n°157, qui n'est pas choqué par le transfert de propriété « *quelle que soit la date de naissance de la créance* » (art. L. 313-27 CMF depuis L. 1^{er} août 2003) et qui en déduit que cela implique que la créance cédée ne transite pas par le patrimoine du cédant, qu'elle naît directement dans celui du cessionnaire.

177. Certes, la cession de créance future est valable, mais son transfert de propriété est reporté au jour d'existence de la créance, à sa date de naissance. Mais reste encore un élément à éclaircir pour que la jurisprudence qui laisse la cession poursuivre ses effets sur les échéances postérieures puisse montrer que celles-ci correspondent à une créance née avant le jugement d'ouverture. Encore faut-il expliquer pourquoi l'intervention d'un jugement d'ouverture entre la date du contrat de cession et la date de naissance de la créance, date de son transfert de propriété ferait obstacle à ce dernier. En effet, si le jugement d'ouverture ne fait pas obstacle au transfert de propriété encore inaccompli d'une chose vendue avant le jugement d'ouverture par le commerçant soumis à la procédure collective, alors la survenance de celui-ci devient inapte à éclairer la date de naissance de la créance.

b) L'obstacle du jugement d'ouverture à l'efficacité d'une cession antérieure de créances non encore nées au jour de sa survenance

178. Il suffit ici de reprendre la jurisprudence d'avant 2002 pour trouver les arguments de cet obstacle qui nécessitent cependant des explications. Il était invoqué **l'interdiction des paiements** par l'ouverture de la procédure et l'indisponibilité du patrimoine qu'elle emporte. La doctrine faisait remarquer que ce n'était pas le débiteur en procédure collective qui effectuait le paiement, mais le tiers saisi qui n'était pas quant à lui soumis à une procédure collective et à une interdiction quelconque des paiements.

Cependant, si l'interdiction des paiements pourrait a priori sembler ne pas correspondre, tel n'est pas le cas de **l'indisponibilité du patrimoine** qui évoque bien l'idée que le patrimoine se trouve gelé et que toute sortie d'actif se trouve dorénavant bloquée. Bernard Soinne insiste d'ailleurs sur le fondement de cette indisponibilité¹. Le contrat de cession est toutefois survenu avant l'ouverture de la procédure. L'indisponibilité ne ferait donc pas seulement obstacle à la possibilité pour le débiteur en redressement judiciaire de disposer de ses biens, elle empêcherait également de se produire les effets des actes de disposition antérieurs, les cessions dont le transfert de propriété ne s'est pas encore produit. Une telle interprétation de l'indisponibilité du patrimoine engendrée par l'ouverture de la procédure collective apparaît en harmonie avec la suspension des voies d'exécution en cours² ou des instances en condamnation en cours. Le contrat de vente d'un bien mobilier corporel voit son vol suspendu, son transfert de propriété empêché dès lors que celui-ci est censé survenir après le jugement d'ouverture³.

¹ B. SOINNE, *LPA* 1996, 1^{er} nov., n°132, note sous civ. 2, 10 juill. 1996, n°94-19551, P, op. cit. n°156.

² Une saisie-attribution ou un ATD ne peuvent être en cours, strictement parlant, puisqu'ils produisent leurs effets immédiatement, instantanément au jour de leur signification. Tel n'est pas le cas d'une saisie conservatoire dont l'indisponibilité se poursuit et que ne peut, après jugement d'ouverture se voir transmutée en saisie-attribution.

³ Un contrat de vente dont le transfert de propriété ne s'est pas encore produit pourrait cependant être analysé comme un contrat en cours dont l'ouverture de la procédure collective ne remet pas en cause la poursuite, puisqu'aujourd'hui ni l'ouverture de la procédure de sauvegarde (art. L. 622-13 du Code de commerce), ni celle de redressement (art. L. 631-14 du Code de commerce), ni même celle de liquidation n'emportent de résiliation automatique des contrats en cours. Cependant, d'une part, la jurisprudence applique les dispositions sur les contrats en cours aux seules ventes de biens immobiliers, à l'exécution des ventes de biens mobilier (A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 7^{ème} éd. 2013, n°375), la créance étant un bien mobilier incorporel. Surtout, les dispositions spécifiques aux contrats en cours ont été érigées pour éviter que l'entreprise ne soit démunie des biens et services nécessaires à son activité du fait de l'ouverture de la procédure collective. Or, cette philosophie ne correspond pas au cas où c'est l'entreprise qui doit fournir le bien que le cessionnaire lui a déjà fourni. À cet égard, il nous semble que l'acheteur d'un bien payé d'avance qu'est le banquier cessionnaire d'une créance future ne doit pas être traité différemment du fournisseur d'un bien à crédit. Les deux sont créanciers de l'entreprise en procédure collective alors qu'ils ont

179. Au final, puisque l'indisponibilité du patrimoine engendrée par l'ouverture de la procédure collective empêche que ne s'opère le transfert de propriété de la créance pourtant vendue avant l'ouverture de la procédure, si les échéances postérieures de la créance à exécution successive cédée avant constituaient des créances à naissance successive, alors elles ne pourraient, au moment de leur prétendue naissance, quitter le patrimoine du débiteur en procédure collective pour être transférées dans celui du créancier. N'étant pas transférées, le banquier cessionnaire ne pourrait en réclamer le paiement au débiteur cédé. Ce paiement devrait intervenir au profit du cédant en procédure collective. Comme nous l'avons vu, telle n'est pas la solution actuellement consacrée. Le banquier cessionnaire est en droit d'obtenir le paiement des échéances postérieures. C'est donc que la créance correspondant aux échéances postérieures a pu lui être transmise, qu'elle l'a nécessairement été avant, et que par conséquent les échéances postérieures correspondent effectivement à une créance unique née pour le tout au jour du contrat, ces échéances ne représentant que des termes d'exigibilité successifs et non pas des « termes de naissance » successifs.

Ainsi, par exemple, en cas de cession de tous les loyers que pourrait produire un immeuble, le banquier doit recevoir paiement de tous les baux en cours d'exécution au jour de la procédure collective et ce jusqu'à leur terme, mais il ne peut recevoir paiement des loyers produits par les baux nouveaux qui auraient été souscrits depuis l'ouverture de la procédure collective du bailleur, car alors il ne s'agit plus de créances nées avant l'ouverture de la procédure mais après au moment de la signature du nouveau bail.

Conclusion de section, des thèses lacunaires :

180. Les thèses matérialiste et périodique sont donc contredites à double titre par le droit positif, que ce soit pour la créance en tant que bien ou en tant que lien. D'une part, toutes les échéances postérieures peuvent faire l'objet d'un paiement immédiat. Elles peuvent être immédiatement exigibles. D'autre part, il peut y avoir transfert efficace immédiat de toutes les échéances postérieures. La saisie peut être pratiquée sur toutes les échéances successives et la cession emporte immédiatement leur transfert de propriété de sorte que l'ouverture d'une procédure collective ne peut plus y faire obstacle. Or, que ce soit le paiement ou le transfert de propriété, ces deux mécanismes impliquent l'existence antérieure de la créance. S'ils peuvent survenir pour une pluralité d'échéances successives, c'est que la créance de rémunération à exécution successive ne naît ni à chaque début de période contractuelle ni au fur et de l'exécution de la prestation, la réfutation de la thèse périodique impliquant mécaniquement celle de la thèse matérialiste.

déjà fourni leur contrepartie, les deux doivent être soumis pareillement à la procédure collective et ne peuvent recevoir leur propre contrepartie du fait de cette dernière, le paiement pour le fournisseur, le transfert de propriété de la créance future pour le banquier cessionnaire. Au final, on peut dès lors se demander si l'analyse en termes de paiement n'était pas si fautive. Il s'agirait non pas du paiement d'une somme d'argent, mais d'une obligation de faire, livrer la chose, en transférer la propriété conformément à l'art. 1138 du Code civil. Certes la suspension des poursuites dont l'interdiction des paiements n'est que le corollaire vise expressément les paiements de sommes d'argent, ce qui exclurait le paiement d'une obligation de faire. Mais comment obtenir l'exécution forcée d'une obligation de faire autrement que par une condamnation à payer une somme d'argent, par le biais de la menace d'une astreinte ou de dommages et intérêts pour responsabilité contractuelle ?

Il n'a pas été prétendu à l'exhaustivité. Il existe sans aucun doute des mécanismes du droit privé qui mettraient eux aussi en évidence la naissance au jour du contrat et pour le tout des créances de prix quel que soit le contrat dont elles sont issues. Mais **les mécanismes abordés ici suffisent pour réfuter de façon certaine les thèses périodique et matérialiste** en matière de contrats à durée déterminée.

Il n'existe pas de jurisprudence tranchant explicitement le cas des contrats à durée indéterminée. Dès lors, concernant ces derniers, seule la réflexion théorique peut permettre d'acquiescer une opinion sur la date de naissance des créances qui en sont issues. Ils seront abordés au chapitre suivant où la réflexion nous a, au final et contre toute attente, mené à adopter une position identique pour les contrats à durée indéterminée que celle donnée par le droit positif pour les contrats à durée déterminée : une naissance pour le tout au jour du contrat, ce malgré la méconnaissance à ce jour du nombre exact d'échéances ou de la quantité exacte de prestation qui sera exécutée et par conséquent du montant global du prix qui sera finalement dû.

Concernant les contrats à durée déterminée, si la réfutation est certaine, la démonstration n'est en réalité pas encore parfaite. En effet, les thèses contemporaines d'une naissance successive sont également utilisées pour expliquer certains phénomènes ou certains mécanismes de droit privé. Ceux-ci ne doivent pas être ignorés, à défaut de quoi la démonstration serait incomplète. Il s'agit de la jurisprudence qui refuse l'exécution forcée au paiement du prix avant exécution de la contreprestation ainsi que du mécanisme de la cession de contrat. L'approfondissement de la réflexion dans ces domaines permet de mettre en évidence les explications réelles de cette jurisprudence et de ce mécanisme, explication qui ne repose en réalité pas sur une naissance successive de la créance. Les thèses contemporaines sont donc inutiles en la matière, ce qui permet de parfaire la démonstration de leur réfutation.

Section 2 : Des thèses inutiles

181. La naissance successive de la créance est utilisée pour expliquer l'institution de la cession de contrat ainsi qu'une jurisprudence qui refuse de prononcer l'exécution forcée du paiement d'un prix en l'absence d'exécution de la contreprestation. Mais, dans les deux cas, des explications peuvent résider ailleurs que dans la naissance successive de la créance. Le refus d'exécution forcée cache en réalité un mécanisme de réfaction du contrat et des obligations. La créance était bien née a priori, mais elle fut révisée a posteriori. L'absence de naissance de la créance de prix n'est donc qu'une illusion qui vient brouiller la cohérence du droit sur la date de naissance des créances. Quant à la cession de contrat, la naissance successive des créances est notamment soutenue par Laurent Aynès dans sa thèse consacrée à cette opération juridique¹. Cependant, approfondissant l'observation la naissance successive de la créance n'est pas si évidente dans le cadre de l'institution elle-même. Le mécanisme, au lieu de se fonder sur une naissance successive, pourrait davantage reposer sur une cession de la créance de prestation caractéristique doublée d'une cession de la dette de prix. Là encore, la naissance successive de la créance est en réalité inutile pour expliquer le mécanisme de l'institution.

¹ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. 1984, Economica, spéc. n°188 s.

Une nouvelle interprétation de la jurisprudence refusant l'exécution forcée du prix (§1) et de la cession de contrat (§2) permet donc de s'affranchir de l'explication reposant sur la naissance successive de la créance et de rendre inutile l'application des thèses matérialiste ou périodique dans ces deux domaines.

§ 1 : Interprétation renouvelée du refus d'exécution forcée

182. Il est des cas en jurisprudence où l'exécution forcée est refusée alors que rien ne semblait s'y opposer. Il est également des cas où le paiement est ordonné en vertu d'une clause expresse du contrat, mais où la jurisprudence le qualifie de paiement d'une indemnité prévue en vertu d'une clause pénale et non pas de paiement d'un prix. Les partisans des thèses matérialiste et périodique expliquent ces phénomènes par l'absence de naissance de la créance : c'est parce qu'elle n'était pas encore née que le paiement forcé de la créance de prix ne peut être ordonné et que, s'il est ordonné en vertu d'une clause expresse du contrat, il se trouve qualifié de paiement d'une indemnité et non pas d'un prix qui ne serait pas né quant à lui.

Il y a là **confusion entre la réfaction de l'obligation et son absence de naissance**. Ce n'est pas que l'obligation n'était pas née, c'est simplement qu'elle a été réduite, ce pourquoi elle ne peut plus donner lieu à exécution forcée et ce pourquoi un éventuel paiement de surplus ne peut qu'être qualifié d'indemnité forfaitaire due en vertu d'une clause pénale. Ce n'est pas que la créance n'a jamais été, c'est qu'elle n'est plus, ce qui est bien différent du point de vue de sa date de naissance.

183. Allant plus loin, il apparaît nécessaire de mettre en évidence les raisons profondes de cette confusion. Celles-ci se trouvent dans un contexte plus général, une tendance du droit à détourner le regard de la réfaction de l'obligation car celle-ci contredit les principes d'intangibilité du contrat et d'indivisibilité de l'obligation. **Cet aspect contextuel** ne doit pas être sous-estimé car il **a sans doute très fortement contribué au caractère inextricable de la controverse** qu'il est ici tenté de résoudre à titre principal, **la date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux.**

Ce fond du problème mérite d'autant plus l'attention qu'il est l'occasion de mettre en évidence la **nature contingente de l'obligation**. Or, **ce point d'ontologie de la créance constitue un élément clé pour aborder et résoudre toute problématique liée à la date de naissance de la créance**, notamment la créance issue d'un contrat à durée indéterminée qui sera abordée au chapitre suivant.

La prétendue absence de naissance de la créance n'est donc en réalité qu'une illusion derrière laquelle se cache un cas de réfaction de la créance de prix (A). Mais cette illusion n'a pu surgir et perdurer que grâce à un contexte propice dont elle a bénéficié, un environnement hostile à l'admission de toute modification du contrat ou de l'obligation (B).

A. L'illusion d'une naissance postérieure

184. Divers arrêts utilisés par les partisans des thèses matérialiste et périodique représentent les faces d'une même pièce en ce qu'il s'agit dans tous les cas de nier l'existence du prix correspondant à des échéances postérieures à la survenance d'un événement, que ce soit en refusant le paiement forcé du prix (1) ou en qualifiant l'éventuel paiement de la somme correspondante en une indemnité forfaitaire due en vertu d'une clause pénale (2).

1/ Le refus d'exécution forcée du paiement des échéances postérieures

185. Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 17 février 1982¹, une société qui avait commandé un voyage demande à en reporter la date. Le voyageur refuse et assigne la société en paiement du prix. Les juges du fond font droit à cette demande. Mais l'arrêt d'appel est cassé au visa de l'art. 1184 al. 2 du Code civil : « *Attendu qu'en statuant ainsi alors qu'Aquila voyages (l'agence) ne pouvait prétendre qu'à des dommages-intérêts à la suite de la résolution du contrat, mais non d'obtenir l'exécution de l'obligation de la société SEDDA, la cour d'appel a violé...* ».

De même dans un arrêt plus connu du 22 octobre 1996² rendu par la chambre commerciale, il s'agissait d'un contrat de transport de produits dangereux souscrit pour 50 voyages contre un montant forfaitaire payable à chaque voyage. Le client entend résilier le contrat après seulement cinq de ces voyages. Le transporteur assigne le client en paiement du prix. Une fois encore, les juges du fond font droit à la demande. L'arrêt est pourtant cassé, toujours pour violation de l'article 1184 : « *Attendu qu'en statuant ainsi alors que le prix, fût-il d'un montant forfaitairement convenu, n'était dû qu'en exécution de la convention, et qu'elle relevait que la société Approchim (le client) avait "résilié le contrat", ce dont il résultait que, sauf existence d'une clause pénale, elle devait fixer le montant des dommages-intérêts dus par la société Approchim (le client) à la société Eurocollect (le transporteur)...* ».

Dans ces arrêts, la Cour de cassation refuse que soit ordonnée l'exécution forcée du paiement du prix par le débiteur de celui-ci qui ne veut plus du contrat. L'une des explications envisageables réside dans l'absence de naissance de la créance de prix avant exécution de la contreprestation (a), raison pour laquelle ces arrêts sont invoqués par les partisans de la thèse d'une naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat.

Mais cette explication n'est en réalité pas la seule envisageable, nous pouvons en avancer une autre qui ne passe pas par une naissance de la créance de prix au jour de l'exécution de la contreprestation.

¹ Civ. 1, 17 févr. 1982, n°80-16492, P.

² Com. 22 oct. 1996, n°94-15410, P, RTD civ. 1997, 439. P. JOURDAIN, RTD civ. 1997, 123, J. MESTRE, D. 1997, 123 R. LIBCHABER. Tous les auteurs critiquent la solution et tentent de l'expliquer par des biais divers. Par exemple, pour Patrice Jourdain, cette sorte de droit de résiliation moyennant indemnité d'un contrat à durée déterminée « *méconnaît tout à la fois le principe de la force obligatoire du contrat et le droit de tout créancier à l'exécution forcée des obligations* ». Philippe Brun quant à lui explique la solution sur le plan procédural, le créancier se serait placé sur le terrain de la résolution et espère que la solution aurait été différente s'il avait simplement demandé l'exécution du contrat (P. BRUN, « Le droit de revenir sur son engagement », in Colloque fac. Chambéry, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Droit et Pat. mai 1998, n°60, p. 78).

La prétendue absence de naissance de la créance n'est en fait qu'une illusion (a) derrière laquelle se cache **la réfaction automatique du contrat et de la créance de prix** (b).

a) L'illusion d'une absence de naissance de la créance

186. A priori, deux explications connues peuvent être avancées à ce refus d'exécution forcée, la réception en droit français de la violation efficace du contrat admise en droit anglo-saxon ou bien l'absence de naissance de la créance de prix par la réception de l'une des thèses qui reporte la naissance de la créance au stade de l'exécution du contrat, thèse matérialiste ou thèse périodique. C'est parce qu'il ne s'agit pas ici de violation efficace du contrat que l'absence de naissance de la créance pourrait sérieusement être envisagée comme explication et que ces arrêts créent l'illusion d'une absence de naissance confortant les partisans des thèses contemporaines dans leur position d'une naissance retardée au stade de l'exécution du contrat.

187. La **violation efficace du contrat**¹ consiste à refuser d'ordonner l'exécution forcée de l'obligation pour y préférer une condamnation à des dommages et intérêts. Elle s'applique en common law² où le principe demeure l'indemnisation et non pas l'exécution forcée. Mais elle ne s'applique normalement pas en droit continental où le principe demeure l'exécution forcée en nature³, considérée comme la seule à être réellement satisfaisante pour le créancier.

Il est vrai que le droit du common law met à cet égard en œuvre une philosophie d'inspiration davantage économique, que l'économique est à la mode et que ces arrêts pourraient dès lors être considérés comme les prémices d'une réception de la thèse de la violation efficace du contrat en droit français, à tout le moins comme des brèches dans le principe d'exécution en nature du contrat. Tel n'est pas le cas d'après nous.

Le débat sur la violation efficace du contrat est en réalité hors de cause ici. Peu importe l'opinion⁴ que l'on s'en fait, que l'on soit pour¹ ou contre², puisque, d'après nous, les hypothèses précitées ne correspondent pas à des situations de violation efficace du contrat.

¹ J. ROCHFELD, « La rupture efficace du contrat », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 155, spéc. n°449. L'auteur fait remarquer que la violation efficace du contrat est cantonnée au seuil des obligations issues du contrat, et de leur violation par conséquent, ce pourquoi nous pensons que l'invocation de cette thèse justifierait ici que l'obligation soit violée et que l'exécution forcée ne soit pas ordonnée ; cela présuppose que l'obligation existe, pour qu'elle soit violée et que son exécution forcée soit refusée. Reposant sur la sanction de la violation d'une obligation, la thèse de la violation efficace du contrat ne correspond pas avec la thèse contemporaine de l'inexistence de cette créance puisqu'au contraire on accepte sa violation au motif de l'efficacité économique.

² La specific performance (exécution forcée en nature) constitue un remède discrétionnaire qui n'est ordonné que si les dommages et intérêts sont inadéquats.

³ Également consacré dans les PDEC, art. 8 :101 et 9 :102 où il est remarqué l'ampleur de la controverse, mais que celle-ci serait davantage d'ordre théorique que pratique : « *même dans les droits romanistes, un créancier ne demandera l'exécution en nature que si elle présente pour lui un intérêt qui ne pourrait être satisfait par une allocation de dommages et intérêts* » (solution du common law).

⁴ Nous sommes contre, peut-être parce qu'elle ne correspond pas à notre tradition juridique, mais surtout parce que, visiblement, elle présente plus d'inconvénients que d'avantages. Son seul avantage résiderait en une redistribution optimale et immédiate des ressources sur le plan économique. C'est également sa justification, une sorte d'efficacité économique qui correspondrait à l'intérêt général en ce qu'elle permettrait d'assurer une création de valeur optimale. Ses inconvénients sont quant à eux multiples. Au plan technique, l'indemnisation totale du cocontractant victime de l'inexécution n'est qu'un pis-aller car son préjudice réel est en réalité difficilement identifiable et quantifiable. Ejans Mackaay et Stéphane Rousseau remarquent à cet égard que l'intérêt à

En premier lieu, la situation ne correspond en réalité pas à un schéma de violation efficace du contrat. Celle-ci consiste à laisser le fournisseur vendre sa marchandise ou sa prestation à une tierce personne qui lui achèterait à un prix tellement supérieur qu'il serait encore bénéficiaire après indemnisation de son premier contractant déçu³. Tel n'est pas le cas ici.

D'une part, ce n'est pas le fournisseur qui ne souhaite plus du contrat, c'est à chaque fois le client qui ne veut plus de la prestation. Quand bien même il serait admis de renverser la perception classique de la violation économique du contrat⁴ en admettant que ce puisse être le client qui souhaite contracter

contracter est nécessairement supérieur au prix d'achat sinon il n'y aurait pas lieu d'acheter, mais que cette donnée ne figure pas au contrat sinon le vendeur en réclamerait davantage. Au plan social, la solution est amoralisée en ce qu'elle légitime en quelque sorte le manquement à sa parole et engendre un « *délitement des liens sociaux* » en reniant la fonction essentielle de confiance et de prévisibilité du contrat (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 3^{ème} éd., 2012). C'est la raison pour laquelle la violation efficace reçoit des critiques virulentes, y compris aux US et dans le monde des affaires dont les acteurs estiment un tel comportement contraire à l'éthique (E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthode du droit, 2008). Au plan économique, la solution engendre l'insécurité juridique, rend plus difficile la planification du monde des affaires et incite le recours à des garanties ou à des assurances qui augmentent les coûts de transactions. Au plan de son éventuelle mise en œuvre en droit français, ce dernier s'avère tout particulièrement réfractaire à sa réception comme le remarque pertinemment Judith Rochfeld (article op. cit. n°446 à 449), la thèse de la violation efficace présuppose une certaine prévisibilité des dommages qu'encourt le cocontractant qui viole la loi du contrat, afin qu'il ne choisisse de violer le contrat que lorsque cette violation est efficace, que lorsque le profit supplémentaire qu'il en résultera pour lui sera supérieure à sa condamnation. Or, en droit français, les dommages et intérêts auquel il sera condamné sont imprévisibles au moment où le contractant doit prendre sa décision de violer ou non le contrat, si bien qu'à défaut de pouvoir être systématiquement "efficace", la thèse de la violation efficace s'avère difficilement applicable en droit français. Les juges du fond sont souverains pour évaluer les dommages et le caractère intentionnel de la violation fait sauter tous les verrous qu'auraient pu prévoir les parties, les clauses limitatives de responsabilité, la prévisibilité du dommage dont dispose l'article 1150 du Code civil. Même la clause pénale peut être révisée en cas d'excès positif ou négatif (art. 1152 du Code civil). Il ne reste à vrai dire que la stipulation d'une clause de dédit, prix d'une faculté de rétractation, mais dont le refus par la Cour de cassation de qualification en clause pénale et de révision fait l'objet de lourdes critiques en doctrine.

¹ E. BROUSSEAU, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *LPA* 19 mai 2005, p. 43. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. 2004, n°416 s. Comme le remarque Muriel Fabre-Magnan (manuel op. cit.), les thèses de l'inexistence d'une responsabilité contractuelle peuvent être citées comme étant à l'appui de la violation efficace du contrat car « *dès lors que l'on soutient que l'attribution d'une somme d'argent vaut exécution du contrat par équivalent, la voie est ouverte pour autoriser la violation efficace du contrat* » (sur ces thèses, cf. infra n°483 et s.). C. FLUET, « La rupture efficace du contrat », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ, 2008, p. 155. L'auteur adopte une position particulière, ce qui montre que la thèse de la violation efficace du contrat, à l'image d'ailleurs de la thèse contemporaine d'une naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat, est en réalité plurale ; il existent sans aucun doute d'autres variantes d'un auteur partisan à l'autre. Pour l'auteur, la violation efficace ne peut concerner que les obligations de faire à l'exclusion des obligations de donner car un simple transfert de valeur ne serait pas propice à l'application de la thèse, seuls les contrats nécessitant la prévision d'un coût y seraient adaptés, mais il peut s'agir de la production d'un bien. Ensuite, pour l'auteur, la violation efficace complète en réalité le contrat car elle équivaudrait à un contrat dit « complet » dans lequel tous les aléas susceptibles de survenir auraient été prévus, y compris donc l'événement survenu et ayant engendré la rupture et les dommages et intérêts. Mais il nous semble que l'auteur fait adroitement reposer sa démonstration sur un cas où l'inexécution est préférable pour les deux parties, ce qui n'est à notre avis pas systématique. F. BELLIVIER et R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droit français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *mél.* J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 91 : les auteurs prônent pour une transposition de la solution anglo-saxonne arguant de la compatibilité de la force obligatoire du contrat avec l'exécution par équivalent.

² C. JAMIN, « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *LPA* 19 mai 2005 n°99 p. 54. J. ROCHFELD, « La rupture efficace du contrat », in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ 2008, p. 155 : l'auteur approfondit la réflexion critique en remontant au plan des valeurs sous-jacentes aux principes énoncés par le droit. Elle remarque que la thèse de la violation efficace opère une « *révolution copernicienne* » de ces dernières en faisant primer l'efficacité économique sur tout le reste, en modifiant la hiérarchie des valeurs. Puis l'auteur démontre que tel n'est pas le cas ni en droit positif ni en droit prospectif, de nombreuses tendances montrent que le droit reste et tend de plus en plus à être attaché à des valeurs de moralité, d'humanité, ainsi qu'à la pérennité du contrat spécialement pour les contrats de longue durée en facilitant et en encourageant la collaboration plutôt que la rupture. L'auteur montre ainsi que c'est une autre "économie du contrat" qui est à la mode que celle véhiculée par la violation efficace du contrat.

³ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthode du droit, 2008, spéc. n°1599 et s. sur la thèse de la rupture efficace du contrat. La thèse de la rupture efficace remonte à 1970, un article de BIRMINGHAM. Cette thèse n'a pas de sens appliquée à la vente de biens fongibles, elle n'en a que dans le « *cas des biens relativement uniques* ».

⁴ À notre connaissance, seule Muriel Fabre-Magnan l'envisage, militant contre la thèse de la violation efficace. L'auteur fait remarquer que, « *par souci d'égalité, le créancier devrait aussi pouvoir décider de ne pas exécuter le contrat* » (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t.1, Contrat et engagement unilatéral*, Puf, 3^{ème} éd. 2012, p. 676). S'agissant d'un argument critique on en déduit a contrario que tel n'est en principe pas le cas dans la thèse de la violation efficace du contrat. Or

avec un tiers à ce point moins cher que son premier contractant que l'économie qui en résulterait lui permettrait de demeurer bénéficiaire après indemnisation de son premier vendeur déçu, dans ces affaires, ce n'est pas pour contracter avec un tiers que le client ne souhaite plus de la prestation, il n'en veut plus tout simplement. Si on peut avoir des doutes pour le transport de matières dangereuses qui devront bien in fine être transportées, tel n'est pas le cas du voyage organisé pour le comité d'entreprise dont le report avait été demandé suite à l'incarcération du dirigeant ; il est fort à penser que ce voyage d'agrément et non d'affaires ne se fera pas au final.

D'autre part, la violation efficace du contrat consiste à refuser d'ordonner l'exécution forcée d'une obligation de faire, l'exécution forcée de la prestation. Tel n'est pas le cas dans cette affaire où c'est l'exécution forcée du paiement du prix qui est à chaque fois réclamée. Or, en droit continental comme en droit anglo-saxon, l'exécution forcée du paiement d'une somme d'argent peut et doit toujours être ordonnée car elle est toujours possible, contrairement à l'exécution forcée d'une obligation de faire.

En second lieu, la violation efficace du contrat se justifie par une sorte de maximisation de l'intérêt commun sur le plan de l'analyse économique du droit. Si le profit supplémentaire tiré de la violation du contrat pour pouvoir en contracter un nouveau avec un tiers suffit à couvrir l'indemnisation intégrale du premier contractant lésé tout en laissant subsister une part de bénéfice, c'est que la valeur économique globale générée par cette situation est plus importante que celle qu'aurait généré le respect du contrat initial, ce pourquoi la violation efficace sera préférée. Mais, comme il a été soulevé, il n'est nullement question dans ces affaires de ne pas respecter le contrat pour pouvoir souscrire avec un tiers. Dès lors, le fondement économique qui justifierait l'analyse économique du droit n'est ici pas présent.

188. Puisqu'il ne s'agit pas d'un cas de violation efficace du contrat qui aurait pu expliquer que l'exécution forcée de l'obligation ne soit pas ordonnée, il ne semble rester qu'une explication qui s'imposerait naturellement : si l'exécution forcée ne peut être ordonnée, c'est que l'obligation dont on réclame l'exécution n'existe pas encore. La thèse contemporaine d'une naissance de la créance de rémunération au fur et à mesure de l'exécution se trouve donc ici sur le devant de la scène. Comme le client a à chaque fois refusé la prestation, celle-ci n'a pu être exécutée, la créance de prix subséquente n'a pu naître, ce pourquoi on ne peut en ordonner le paiement forcé¹.

Une telle explication ne respecte pourtant ni la lettre de l'arrêt ni la lettre de l'article 1184 du Code civil servant de fondement aux deux cassations. Il est dès lors légitime d'avancer une autre explication. Il s'agit en réalité de cas de refaction automatique du contrat par leur résolution partielle.

telle est bien la situation dans les arrêts précités, c'est le créancier de la prestation caractéristique qui la refuse, ce qui engendre l'impossibilité de poursuivre le contrat. Mais on pourrait envisager de modifier l'acception classique de la violation efficace du contrat en admettant que le client peut aussi décider de rompre le contrat en refusant de recevoir la prestation, auquel cas il faut effectivement approfondir la réflexion pour montrer que les arrêts étudiés ne correspondent toujours pas à des situations de violation efficace du contrat.

¹ En ce sens, J. MESTRE (obs. sous com. 22 oct. 1996, n°94-15410, P, préc. n°185), car l'auteur interprète l'arrêt par l'existence d'un contrat-cadre dont la résiliation a empêché la naissance des contrats d'application postérieurs. Nous semble également en ce sens, M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance des créances issues d'un contrat synallagmatique à exécution successive », article op. cit. n°20, où l'auteur cite l'arrêt comme étant symptomatique de la thèse contemporaine matérialiste.

C'est la réduction subséquente de la créance de prix qui explique l'impossibilité d'ordonner son paiement intégral, spécialement pour sa partie correspondant à la portion de prestation qui *in fine* ne sera avec certitude jamais exécutée.

b) La réalité d'une refaction de la créance préalablement née

189. L'explication ici proposée nécessite de rénover quelque peu la vision de la résolution et de renouveler la lecture de l'article 1184 alinéa 2 du Code civil : en cas d'inexécution, « *le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

Le renouveau réside en l'appréciation du cas d'impossibilité d'exécution de la convention. En effet, c'est particulièrement clair dans le premier arrêt¹, la Cour de cassation constate la résolution du contrat alors même que celle-ci n'a ni été demandée par le voyageur qui réclamait au contraire l'exécution forcée, le paiement du prix, ni même prononcée par les juges du fond qui avaient condamné à l'exécution forcée. Or, d'après l'article précité, le choix entre l'exécution et la résolution n'est laissé à la partie victime de l'inexécution que lorsque l'exécution est encore possible. Tel n'est pas le cas dans les arrêts précités². Ils correspondent à des situations où l'exécution de la convention n'est plus possible. Encore faut-il bien percevoir pourquoi il y avait impossibilité d'exécution et de quoi l'exécution était impossible. **Ce n'est pas l'obligation de payer le paiement du prix qui était impossible, mais celle d'exécution de la convention qui s'incarne dans sa prestation caractéristique, une obligation de faire** dans les espèces précitées³.

190. Dans chacune des affaires, le fournisseur réclame le paiement du prix. Or, l'exécution d'une telle obligation est toujours possible. Il est vrai que l'article 1184 du Code civil constitue également et a contrario le siège de l'exécution forcée en ce que le Code civil n'en fait mention qu'à cet endroit. Et il est vrai qu'en matière d'exécution d'une obligation, il est d'habitude fait référence à la nature de l'obligation pour savoir si l'exécution forcée peut être ordonnée, nature dont traite l'article 1142 du Code civil. Il convient cependant de ne pas se laisser piéger par ces habitudes.

D'une part, **c'est bien de résolution dont il est question ici davantage que d'exécution forcée.** Certes le deuxième arrêt le cache quelque peu en faisant mention de la résiliation du contrat, prêtant ainsi confusion avec la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée. Tel n'était pas le cas dans cet arrêt, la « résiliation » n'était pas licite, ce pourquoi il devait y avoir condamnation à dommages et intérêts, et surtout il ne s'agissait pas d'une « résiliation unilatérale », mais d'une résiliation au sens de résolution partielle, une résolution qui ne vaut que pour l'avenir.

¹ Civ. 1, 17 févr. 1982, n°80-16492, P, cf. supra n°185.

² Cf. supra n°185.

³ Ibid.

D'autre part, ce n'était pas l'exécution de l'obligation dont le paiement était réclamé qui était impossible, mais « l'exécution de la convention », conformément à la lettre de l'article 1184 du Code civil.

Convention n'est pas synonyme d'obligation, mais davantage d'**obligation caractéristique**. L'article 1184 du Code civil écarte l'exécution forcée lorsqu'est impossible l'exécution de la convention et non pas de l'obligation. Les termes ne doivent pas être tenus pour synonymes ici¹. La convention, le contrat, s'identifie dans l'obligation qui le caractérise, généralement l'obligation en nature, la prestation. C'est pour cette raison sans doute que le Code civil définit généralement et spécialement le contrat comme la convention par laquelle une partie s'oblige. En doctrine, l'un des cocontractants est souvent désigné comme étant « *le débiteur* », l'autre « *le créancier* », alors même qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique comportant des obligations de part et d'autre, si bien qu'il serait impossible de désigner ainsi une seule partie puisque les deux sont à la fois débiteur et créancier de l'autre. Là encore, il semble que l'utilisation de l'article défini « *le* » renvoie à la seule obligation qui caractérise le contrat, la prestation². C'est donc l'exécution de la prestation qui était à chaque fois impossible et qui a engendré la résolution du contrat. Il reste à déterminer pourquoi l'exécution était impossible.

191. Avec ces arrêts, la Cour de cassation décide d'après nous que **l'exécution du contrat est impossible au sens de l'article 1184 du Code civil lorsque le client, le créancier de l'obligation caractéristique, refuse d'en recevoir les bénéfices**³. Mais cela ne vaut qu'en présence d'une obligation de faire et ne peut valoir en présence d'une obligation de donner⁴. En effet, le transfert de propriété, effet réel du contrat inhérent à l'obligation de donner, n'a pas besoin de la participation du créancier pour pouvoir s'opérer, ce qui n'est pas le cas d'une obligation de faire qui nécessite quant à elle la participation du client. La procédure des offres réelles et consignation⁵ peut forcer le créancier à recevoir paiement d'une somme d'argent, le dépôt d'un objet chez un tiers peut pareillement constituer la réception forcée d'une chose⁶, mais il ne peut exister de procédure contraignant le

¹ Dans l'article 1183 du Code civil sur la condition résolutoire, il n'est question que de l'obligation. Mais l'article 1184 du Code civil utilise quant à lui les termes d'engagement, de convention ou de contrat. Le terme engagement, d'après nous synonyme d'obligation ici, sert à désigner la cause, la condition de la résolution : l'inexécution d'une obligation, d'un engagement et la partie qui peut avoir le choix, celle envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté. Et les termes de contrat et d'obligation sont utilisés pour désigner le mécanisme en lui-même, la résolution du contrat, de la convention et la condition pour que la victime de l'inexécution ait encore le choix entre exécution forcée et résolution, que l'exécution de la convention soit encore possible. D'après nous la différence terminologique n'est pas significative. En parlant de résolution du contrat pour inexécution d'une obligation, le Code civil semble nous dire que c'est tout le contrat qui se trouve résolu et non pas seulement une obligation en cas d'inexécution d'une seule obligation. Or, résoudre tout le contrat revient à résoudre toutes les obligations qui en sont issues. Et lorsque la résolution partielle est possible et souhaitable, cela revient à opérer la refaçon du contrat.

² Mais cela peut aussi relever de l'habitude d'identifier le contrat à la prestation caractéristique, la créance étant alors celle de prix, le débiteur et le créancier faisant ainsi référence aux antagonismes de celle-ci.

³ Dans l'arrêt précité du 17 février 1982 (cf. supra n°185), l'impossibilité était définitivement consommée puisqu'au moment du jugement, le voyage commandé n'avait pas été accompli, la date à laquelle il aurait dû s'opérer était passée.

⁴ Com. 24 avr. 1990 n°88-19403, inédit, exécution forcée du paiement du prix de marchandises. Civ. 1, 2 févr. 1999, n°96-22470, inédit, cassation de l'arrêt qui refuse de prononcer l'exécution forcée du paiement du prix d'une photo aérienne payable à livraison, la cour relevant que, malgré le refus de la livraison, la prestation avait bien été exécutée puisque la photo avait été éditée.

⁵ Article 1264 et s. du Code civil.

⁶ PDEC, art. 7 :110 qui prévoit également la possibilité de revente de la chose par le vendeur pour le compte de l'acheteur ; le vendeur restitue alors à l'acheteur le surplus de bénéfice ou bien l'acheteur reste tenu de la différence ; en Angleterre et en

créancier d'une obligation de faire à recevoir les bénéfices de la prestation, à effectuer un voyage, à utiliser un transporteur pour véhiculer ses produits. En outre, seul le refus du client emporte cette impossibilité d'exécuter le contrat. Il ne peut s'agir du refus du débiteur de la prestation en nature de s'exécuter¹. À défaut, nous retomberions alors sur l'application de l'art. 1142 du Code civil tel qu'interprété en droit positif par la jurisprudence ainsi que sur la question de la violation efficace du contrat qui n'est pas admise en droit français, l'exécution en nature demeurant le principe applicable. C'est le refus du client qui fait que le prestataire n'est plus en mesure de fournir sa propre prestation² et ne peut donc plus en réclamer le prix. Mais encore faut-il que ce refus intervienne avant que la prestation ne soit exécutée, à défaut de quoi, par exemple, une réception judiciaire des travaux commandés et exécutés pourrait être prononcée³. Dans cet exemple, il n'y aurait résolution que si le client avait refusé les travaux avant leur exécution, empêchant ainsi celle-ci de se produire, notamment en empêchant l'accès aux lieux.

192. Le refus du créancier de recevoir la prestation constitue un cas d'impossibilité d'exécution de la prestation qui emporte automatiquement et nécessairement la résolution du contrat, totale ou partielle lorsqu'elle est possible comme dans les affaires précitées⁴. Cette **résolution partielle** emporte la réfaction, la réduction du prix à la portion de prestation dont l'exécution fut possible. C'est cette réfaction automatique du prix qui explique le refus d'exécution forcée pour la partie automatiquement réduite du fait de la réfaction et non pas l'absence de naissance de la créance de

Écosse, la revente emporte résolution de la vente, le vendeur conserve donc la différence avec le prix initial ; enfin certains pays n'acceptent qu'une revente aux enchères.

¹ Civ. 3, 28 juin 2006, n°05-10137, P, cassation au visa de l'article 1719 du Code civil de l'arrêt d'appel qui refuse d'ordonner l'exécution forcée de l'obligation de délivrance du bailleur, ce malgré le défaut de paiement du premier loyer et du dépôt de garantie de la preneuse (ce qui ne signifie pas pour autant qu'elle ne devra pas les payer). Civ. 3, 17 janv. 1984, n°82-11145, P, cassation pour défaut de base légale au regard de l'article 1184 du Code civil de l'arrêt qui refuse d'ordonner au fabricant de piscine de se conformer au contrat et de mettre quatre marches à la piscine et non seulement trois comme il avait été fait au motif qu'il n'était pas prouvé que l'accès s'en trouvait malaisé.

² Civ. 1, 22 déc. 1981, JurisData n°703517 : Il résulte de 1184 al 2 que, si la partie peut demander l'exécution forcée, elle ne peut toutefois l'obtenir lorsque elle-même n'est plus en mesure de fournir la prestation à laquelle elle s'est engagée.

³ Application de l'art. 1792-6 du Code civil qui prévoit une réception judiciaire en matière de contrat d'entreprise : civ. 3, 30 juin 1993, n°91-18696, P, cassation au visa de l'article 1792-6 du Code civil de l'arrêt d'appel qui refuse de prononcer la réception judiciaire au motif de l'absence de volonté équivoque du client de procéder à la réception desdits travaux : « *en statuant ainsi alors qu'elle était saisie d'une demande de prononcé de la réception judiciaire, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si les travaux étaient lors de la prise de possession en état d'être reçus, n'a pas donné de base légale...* ».

⁴ R. LIBCHABER (D. 1997, 123, obs. sous com. 22 oct. 1996, cf. supra n°185) se propose d'envisager une explication de la solution par une extension de la jurisprudence rendue en matière de résolution partielle qui consiste à admettre la résiliation du contrat malgré la durée déterminée de celui-ci chaque fois que la résolution partielle peut être reçue, chaque fois que le contrat est divisible, qu'il est équipollent à une pluralité de contrats. Puis l'auteur critique la solution en ces termes : « *la position imputée à la Cour est critiquable, en ce qu'elle fait primer l'équilibre technique interne au contrat sur sa force obligatoire. S'il doit, pour être valide, constituer une totalité harmonieuse, il doit aussi pour être utile, permettre une emprise sur l'avenir. C'est ce qu'interdirait le raisonnement évoqué, si tant est qu'à une telle tentation la Cour ait succombé* ». Cependant, si la solution présuppose que le contrat soit divisible et que la résolution soit partielle, c'est-à-dire non rétroactive, soit applicable, cette condition nous semble nécessaire, mais insuffisante. Seul le refus de réception par le client d'une obligation de faire rend d'après nous l'exécution impossible. Ceci signifie que la solution ne serait pas la même si c'était le fournisseur qui choisissait de ne plus s'exécuter, si c'était le client qui, après avoir reçu exécution de la prestation, choisissait de ne pas payer, si le contrat résidait dans la livraison d'une chose car alors la réception forcée de cette chose est toujours envisageable ; dans ces hypothèses, l'exécution forcée serait d'après nous ordonnée car elle serait toujours possible. Cette réduction drastique des hypothèses où l'exécution de la convention serait impossible par le simple refus de l'une des parties permet de nuancer la critique portée par M. Libchaber à cette solution, à deux titres. En premier lieu, l'atteinte à la force obligatoire paraît plus acceptable puisque les cas se feront rares et puisque nous savons par ailleurs que la force obligatoire n'est pas si intangible qu'il y paraît. En second lieu et surtout, les parties ne se sont-elles pas accordées davantage sur l'équilibre entre les obligations que chacune de ces obligations isolément ? L'équivalence stipulée n'est-elle pas plus importante que la totalité de chacune des obligations, que la totalité du contrat lorsque celui-ci est prévisible. Alors la solution peut ne plus être vue comme une atteinte à la force obligatoire, mais comme une hiérarchie de force obligatoire : la force obligatoire du contrat quant à l'interdépendance et l'équivalence des obligations réciproques l'emporte sur celle de l'individualité globale de chacune de ces obligations. Autrement dit, le consentement porte davantage sur l'équivalence in concreto que sur l'obligation in abstracto.

prix pour cette partie. Il est vrai dans les deux cas que le prix demandé n'existe pas au moment où le juge rend sa décision. Mais ce n'est pas parce qu'il n'a jamais existé du fait qu'il naîtrait de l'exécution de la prestation corrélatrice encore inexécutée. C'est en réalité du fait qu'il a disparu par la résolution partielle automatique engendrée par le refus du client de participer à l'exécution de l'obligation dont il était censé bénéficier en la recevant.

193. Si ce cas de **réfaction automatique** du contrat pour refus de réception du client d'une prestation autre que la livraison d'un bien est semble-t-il passé **inaperçu**, c'est à cause de plusieurs **facteurs d'obscurcissement qui viennent fausser la vision de la résolution**.

D'une part, il s'agit d'une **évolution relativement récente du droit**. La solution n'a pas toujours été ainsi. Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 28 avril 1971¹, la Cour de cassation prônait l'exécution forcée du paiement du prix intégral d'un contrat d'enseignement de 6 ans échelonné en 35 versements alors que le client ne voulait plus suivre le cursus en question. Elle cassait ainsi l'arrêt d'appel qui avait admis une forme de résiliation unilatérale du client : *« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, le tribunal n'était saisi que de l'exécution de l'obligation, résultant du contrat, de donner une somme d'argent, que, d'autre part, le contrat de durée déterminée à prestation successive doit s'analyser comme un contrat unique dont le fractionnement dans le temps ne peut être considéré que comme le mode d'exécution d'une seule et même convention, régie par l'article 1134 du Code civil »*. Cette évolution pourrait résulter d'une généralisation de l'application conjuguée de l'article 1794 du Code civil, qui prévoit que, dans le louage d'ouvrage, le client peut résilier le contrat alors même que l'ouvrage est commencé sous réserve *« d'indemniser l'entrepreneur des frais et des gains manqués »*, et du développement en jurisprudence des cas de résolution partielle des contrats, même à durée déterminée, dès lors que la division de celui-ci est possible, résolution partielle couramment dénommée *« résiliation »* pour souligner qu'elle ne vaut que pour l'avenir par analogie avec les effets de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée indéterminée.

Sur le plan des principes et des mouvements d'ensemble du droit, cette évolution fait primer l'interdépendance des obligations, l'économie objective et générale du contrat, sur l'individualité et l'indivisibilité des obligations. Ce mouvement procèderait d'une tendance contemporaine du subjectif vers l'objectif, vers l'économique, mais limitée au seul sens d'économie générale du contrat via l'interdépendance des obligations réciproques. C'est donc quelque part certes une prise en compte de considérations économiques, mais au sens de la violation économique du contrat. L'économie ne dicte pas sa loi au droit. Le droit appréhende un raisonnement économique dans sa mise en œuvre, l'adapte et le cristallise dans l'interdépendance des obligations du contrat synallagmatique : si l'une devient impossible, l'autre doit être réduite à proportion, si cela est possible, à défaut de quoi il y a anéantissement total du contrat. La solution tranche particulièrement d'avec le droit romain où les obligations étaient indépendantes les unes des autres, le prix était quand même dû, bien que la chose ne fut pas livrée, bien que le service ne fut pas rendu.

¹ Civ. 1, 28 avr. 1971, n°69-13775, P, *JCP G* 1972 II 17083, M. RÉMOND qui critique la solution car, pour l'auteur, six ans s'avère particulièrement long pour un contrat d'enseignement, l'auteur tente alors une analogie entre cette durée anormalement longue et la prohibition des engagements perpétuels pour sortir de l'impasse.

D'autre part, **l'habitude inappropriée en doctrine de lier le mécanisme de la résolution du contrat au comportement subjectif des parties** explique également le caractère inaperçu de ce cas de réfaction automatique pour refus de réception du client d'une prestation autre que la livraison d'un bien. Cette habitude, que l'on retrouve d'ailleurs dans les PDEC qui traitent explicitement du « *fait du créancier* »¹, explique que l'on puisse penser à tort que le bénéfice de la résolution soit écarté pour la partie responsable de l'inexécution.

Dans les situations en cause ici², c'est le client qui viole la loi du contrat en refusant la prestation. Il apparaîtrait dès lors normal dans un esprit de sanction que ce client soit condamné à payer le prix malgré le fait qu'il ne reçoive pas la prestation puisque c'est lui qui la refuse. Autrement dit, il apparaît normal que la résolution ne puisse opérer, qu'il ne puisse en bénéficier pour échapper à son obligation de payer le prix du service par lui commandé puis refusé³. Le raisonnement est erroné. **La réfaction de la créance de prix s'opère automatiquement quelle que soit la cause d'inexécution partielle de la prestation caractéristique, même si celle-ci est imputable à celui qui bénéficie de la réduction du prix, au client.** Un arrêt de la chambre commerciale du 18 décembre 1990⁴ était particulièrement clair. Il s'agissait d'un contrat de location de 10 ans de matériel téléphonique. La locataire renvoyait le matériel au motif de destruction de l'immeuble où le matériel était utilisé. Le bailleur l'informe alors tenir le matériel à sa disposition et réclame le paiement du loyer y afférent. Les juges du fond le déboutent et prononcent la résolution au motif que l'exécution de la prestation était impossible. Son pourvoi est rejeté en ces termes : « *Mais attendu qu'en énonçant que la société Trépina n'était pas en droit de poursuivre l'exécution forcée du contrat litigieux des lors que l'exécution de l'obligation du débiteur était devenue impossible, fût-ce par son fait, l'arrêt retient*

¹ PDEC, art. 1:103. Voir également art. 8:101. L'expression « *fait du créancier* », par son analogie avec le « fait de la victime » montre qu'il y a ici une généralisation d'un raisonnement en termes de responsabilité, à savoir l'appréciation du comportement des parties, pour savoir si les sanctions de l'inexécution prévues s'appliquent ou non. Le fait est que les PDEC prévoient explicitement que le créancier ne peut invoquer ces sanctions s'il est seul responsable de l'inexécution par son refus de réception. Autrement dit, dans les arrêts étudiés, le client créancier de la prestation ne pourrait invoquer la résolution pour s'opposer à la demande de paiement du prix, on le voit, cette position des PDEC censée refléter la généralité des droits européens à cet égard ne reflèterait pas ou plus la nôtre. Une telle position nous apparaît erronée et procéder d'une confusion entre la responsabilité contractuelle et les autres sanctions de l'inexécution. D'ailleurs, il nous semble que les dispositions des PDEC aboutissent à un hiatus à cet égard. Il résulte en effet des dispositions spéciales, en particulier de l'art. 9 :101 que le droit au paiement implique le droit d'exécuter sa propre prestation, d'où il s'induit que le fournisseur n'a pas droit au prix lorsqu'il ne fournit pas sa prestation malgré l'assentiment du client. Or, on ne peut admettre d'un côté que l'inexécution peut être le fait exclusif du créancier et lui refuser la résolution totale ou partielle, ce qui implique qu'il ait droit au paiement sans avoir fourni sa prestation, et sous-entendre de l'autre côté qu'il ne peut y avoir de paiement du prix si la prestation n'est pas fournie. Les deux propositions sont antinomiques, il y a d'après nous hiatus ici. La cohérence est légèrement restaurée via une exception, l'exécution déraisonnable où il est relevé un certain nombre de dispositions spéciales obligeant le prestataire à ne pas fournir la prestation en cas de refus du client. Du déraisonnable à l'impossible dont il est question pour nous dans les arrêts commentés, il n'y a qu'un pas car, pour la plupart de ces prestations, il est pour ainsi dire impossible au débiteur d'exécuter la prestation si le créancier n'en désire plus du fait des moyens pratiques dont dispose en fait ce dernier pour y faire obstacle (ex : refuser l'accès à l'appartement pour empêcher l'exécution de travaux de rénovation).

² Cf. supra n°185 pour un exposé des arrêts en cause ici.

³ P. JOURDAIN (*RTD civ.* 1997, 439, obs. sous com. 22 oct. 1996, op. cit. n°185) expose un raisonnement typiquement conforme à cet exposé doctrinal : « *On observera au demeurant qu'aucun autre mode de suspension ou d'interruption du contrat ne peut libérer une partie de ses obligations lorsque l'inexécution lui est imputable* ». Ainsi le créancier ne peut-il se prévaloir de l'exception d'inexécution si c'est par son fait que le cocontractant ne peut exécuter son obligation (civ. 3, 5 mars 1970, n°69-10252, P). Et il en irait de même pour la résolution judiciaire que l'on refuserait au contractant se prévalant d'une inexécution contractuelle qui lui est en réalité imputable... Finalement rien n'autorisait en l'espèce l'expéditeur à se délier unilatéralement du contrat qu'il avait conclu. Sa dette de prix demeurerait, bien qu'elle fût désormais sans contrepartie ». Mais l'exception d'inexécution ne s'identifie pas à la réfaction de l'obligation (contra. C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, th., LGDJ, 1999, n°162, pour qui l'exception d'inexécution est une réfaction partielle), car elle constitue une solution intermédiaire, une solution d'attente, qui suppose donc que l'exécution du contrat soit encore possible, ce qui n'est plus considéré comme étant le cas ici ; à cela s'ajoute que l'arrêt cité est ancien (1971) par rapport à l'évolution contemporaine que nous tentons de mettre en exergue ici.

⁴ Com. 18 déc. 1990 n°89-11702, inédit.

que, étant elle-même dans l'impossibilité de remplir sa propre obligation, la société Téprina était sans droit à recevoir les loyers dépourvus de contrepartie... ». Peu importe donc la cause d'inexécution de la prestation, peu importe que cette inexécution soit imputable au client, dès lors que l'équilibre du contrat est rompu, la résolution intervient pour restaurer cet équilibre en réduisant le prix à la seule portion de prestation demeurée possible.

La **théorie des risques** consolide cette habitude doctrinale inappropriée. Cette théorie aujourd'hui inutile obscurcit doublement le mécanisme de la résolution partielle. Il est classiquement fait référence aux adages res perit debitori et res perit domino pour résoudre le problème du devenir de l'obligation corrélatrice lorsqu'une obligation ne peut être exécutée pour un cas de force majeure. Dans la mesure où le paiement d'un prix peut toujours être exécuté, l'obligation inexécutée pour cause de force majeure résidera toujours dans l'obligation caractéristique du contrat, la prestation. La problématique à laquelle cet adage est censé répondre peut donc être reformulée comme suit : que devient la créance de prix en cas d'inexécution de la prestation due à un cas de force majeure ? Relevons au passage que ces adages impliquent que la créance de prix existe avant l'exécution de la prestation : puisqu'on se demande ce qu'elle devient en cas d'inexécution de cette dernière, c'est qu'elle existe avant.

C'est dans un premier temps l'existence et l'utilisation même de ces adages qui jettent la confusion. En effet, la résolution règle une question similaire dans la mesure où elle intervient en cas d'inexécution d'une obligation. L'existence de l'adage oblige donc de l'articuler avec le mécanisme de résolution. Or, puisque l'adage joue en cas de force majeure, c'est que la résolution devrait jouer hors cas de force majeure, donc lorsque l'inexécution est imputable, lorsqu'elle est fautive. De là vient d'après nous la présentation doctrinale classique qui, ajoutant au texte de l'article 1184 du Code civil exige une inexécution fautive pour le jeu de la résolution. Et de cette introduction d'une appréciation subjective du comportement des parties pour le jeu de la résolution, nous arrivons à l'idée que le client responsable de l'inexécution de la prestation ne devrait pouvoir bénéficier de la résolution pour obtenir une réduction du prix qui lui est demandé. On retrouve ici l'idée de faute de la victime du droit de la responsabilité. L'impact de ce fait du créancier dans l'inexécution n'a d'ailleurs pas échappé aux projets d'harmonisation du droit européen. Une telle dérive est erronée. Ce n'est pas l'adage res perit debitori qui joue en cas de force majeure, mais bel et bien l'article 1184 du Code civil, la résolution judiciaire du contrat¹. Du fait de la force majeure, l'exécution du contrat est devenue impossible et la résolution ne peut qu'être prononcée conformément à la lettre de l'article. Celui-ci joue donc indifféremment qu'il s'agisse d'une inexécution imputable et fautive ou d'une inexécution pour cause de force majeure. Le caractère fautif de l'inexécution étant inopérant, il n'y a pas lieu d'opposer au créancier de la prestation caractéristique sa propre faute à l'origine de l'inexécution de la prestation pour l'empêcher de bénéficier du jeu de la résolution, d'une réduction du prix dont il doit s'acquitter. Il engage cependant sa responsabilité contractuelle et devra en cela des dommages et intérêts à son cocontractant. Mais il importe de bien dissocier, d'un côté la réfaction objective du contrat à hauteur de l'exécution possible de la prestation, d'un autre côté la

¹ Civ. 1, 2 juin 1982, n°81-10158, P, *RTD civ.* 1983, 340, F. CHABAS, cassation au visa de l'article 1184 du Code civil : « Attendu qu'il résulte de ce texte que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, même si cette inexécution n'est pas fautive et quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résultait du fait d'un tiers ou de la force majeure ».

responsabilité subjective du contractant fautif à l'origine de l'inexécution¹ à laquelle il n'échappe qu'en cas de force majeure puisqu'alors il n'est plus considéré comme fautif.

C'est dans un second temps la formulation de cet adage qui ajoute encore à la confusion. Présenter *res perit debitori* comme principe et *res perit domino* comme exception implique une confusion des effets réels et personnels du contrat déjà entretenue par l'article 1138 du Code civil qui cache les effets réels du contrat sous les habits formels d'une obligation personnelle. Comme le remarque Alain Bénabent², il n'y a pas là le jeu d'un principe et d'une exception qui s'articuleraient, mais de deux adages qui régissent des cas différents, qui agissent sur des plans différents. La perte d'une chose pèse sur son propriétaire. Y a-t-il besoin de recourir à un adage pour formuler cette évidence ? Pousser à confondre effets réels et personnels du contrat, création d'une créance et transfert d'un droit réel, conduit à masquer la dissociation qui existe du point de vue de la possibilité d'exécution d'un contrat selon qu'il a pour objet de transférer un bien ou de créer une obligation personnelle. Dans le cas du transfert d'un bien, le refus de réception du client se trouve pallié par le mécanisme de transfert de propriété solo consensus, effet automatique du contrat qui ne nécessite pas la participation du client. En cas de contrat d'entreprise aboutissant au transfert de propriété d'un bien fabriqué, tel un immeuble, le juge peut procéder à la réception judiciaire du bien et se substituer ainsi au client qui devait y procéder. En cas de chose fongible, le dépôt des biens auprès d'une tierce personne peut très bien être imaginé. Mais en cas d'obligation personnelle de faire, le refus de réception du client ne peut être pallié car son exécution nécessite d'une façon ou d'une autre la participation de celui-ci. C'est là une différence importante entre les contrats emportant des effets réels et ceux emportant des effets personnels que la formulation de l'adage en principe d'une part et exception d'autre part conduit à aplanir et à obscurcir.

194. Le refus de réception de sa prestation par le client créancier d'une obligation de faire constitue donc un cas d'impossibilité d'exécution de la convention devant automatiquement emporter résolution partielle du contrat lorsque celle-ci est possible, c'est-à-dire lorsque le contrat et les obligations sont naturellement divisibles. Ce cas de réfaction automatique du contrat explique que l'exécution forcée du prix ne puisse pas être ordonnée. L'inexécution de la prestation n'a pas empêché la naissance de la créance de prix, c'est le caractère dorénavant impossible de cette exécution, à cause du refus du client, qui provoque la résolution partielle du contrat, sa réfaction et la réduction subséquente de la créance de prix. **Le refus d'exécution forcée ne s'explique donc pas par l'absence de naissance de la créance mais par la réduction de la créance de prix initialement née.** Cette interprétation respecte davantage la lettre des arrêts et des textes visés que l'absence de naissance. Il ne fait aucun doute que les solutions sont fondées sur la résolution du

¹ Le fait du créancier qui le rend responsable de l'inexécution du contrat ne réside pas dans la violation d'une obligation stricto sensu, mais dans la violation de ses devoirs de contractant, dans la violation de la norme contractuelle, empêcher que la prestation ne lui soit fournie, provoquer l'inexécution de la contre-prestation. Cette analyse du fait générateur de responsabilité suppose de distinguer les concepts de contrat et d'obligation et de percevoir le contrat comme une norme dont la violation entraîne la responsabilité contractuelle sans passer par le média de la violation d'une « fausse » obligation.

² A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd. 2012, n°342 et s., spéc. n°400. Les adages furent induits par la jurisprudence à partir de dispositions spécifiques concernant notamment le bail (art. 1722 du Code civil pour le cas d'un incendie), le contrat d'entreprise (art. 1788 et 1790 du Code civil) et la vente.

contrat comme le montre l'article 1184 du Code civil visé et la lettre des attendus de principe¹. Comme l'indique le renvoi de l'alinéa 1^{er} de l'article à l'article 1183 du Code civil qui le précède, la résolution du contrat implique la mise en œuvre de la condition résolutoire dont dispose ce dernier au niveau des obligations. Or, l'article 1183 du Code civil précise bien que la condition résolutoire « *opère la révocation de l'obligation* », qu'elle « *ne suspend point l'exécution de l'obligation* », a fortiori n'empêche-t-elle donc pas la naissance de l'obligation, mais suppose-t-elle au contraire sa naissance antérieure pour qu'elle puisse être révoquée. Autrement dit le recours à la résolution de l'article 1184 du Code civil comme fondement juridique implique la naissance antérieure des obligations et contredit par lui-même les thèses contemporaines d'une naissance postérieure.

195. Il s'ensuit qu'une somme d'argent ne peut constituer le prix initialement prévu si elle n'a pas ou si elle n'a plus pour contrepartie la prestation initialement convenue. Soit elle n'est plus due. Soit elle devient indue si le paiement avait été effectué. Soit, si elle reste due ou le paiement acquis en vertu d'une clause expresse, elle correspond à une indemnité et non plus à un prix, et la clause en vertu de laquelle elle est due se retrouve nécessairement qualifiée de clause pénale.

Ainsi, l'écriteau que l'on retrouve souvent chez les praticiens de la santé tel le kinésithérapeute, « *les émoluments demeurent dus à défaut d'annulation du rendez-vous au moins 48h à l'avance* » n'est donc pas juridiquement inutile. Il ne sert pas qu'aux bonnes relations entre le professionnel et son patient. Si le client ne vient pas, le praticien ne peut dispenser sa prestation, alors le contrat est résolu sur le fondement de l'article 1184 du Code civil. Le médecin ne saurait réclamer le prix d'une prestation qu'il n'a pas fournie, quand bien même le client serait à l'origine de cette inexécution. Il ne peut prétendre qu'à des dommages et intérêts. L'écriteau fait donc office de clause pénale et permet d'éviter d'avoir inconfortablement à prouver la substance du préjudice subi par le professionnel dont l'évaluation souveraine des juges du fond demeure en outre aléatoire. La clause pénale peut toujours faire l'objet d'une réduction pour excès, mais elle apparaît à l'évidence modérée dans l'exemple pratique cité.

Nous le voyons ici, les arrêts qui qualifient d'indemnité due en vertu d'une clause pénale les sommes exigées par une clause expresse du contrat en cas d'inexécution de la prestation se rattachent au refus d'exécution forcée. Dans les deux cas, le juge se refuse d'ordonner le paiement du prix, ici directement en refusant le paiement, là indirectement en refusant la qualification de prix aux sommes payées pour les qualifier d'indemnité. Cette jurisprudence aurait pu être simplement ajoutée dans le cadre des développements précédents². Mais elle constitue l'un des arguments redondants des auteurs partisans des thèses matérialiste et périodique. Pour cette raison, il importait de lui consacrer des développements spécifiques.

¹ Cf. supra n°185, les arrêts ici en cause.

² Au titre des arrêts illustrant le refus d'exécution forcée et utilisée pour prétendre à l'absence de naissance de la créance de prix, cf. supra n°185.

2/ Le paiement immédiat des échéances postérieures qualifié d'indemnisation

196. Il arrive que le paiement des échéances postérieures fasse l'objet d'une exécution forcée lorsqu'une clause du contrat prévoit expressément leur paiement même en cas de refus du client de recevoir l'exécution de la prestation corrélative. Les partisans de la thèse contemporaine y puisent des arguments pour défendre une naissance de la créance au stade de l'exécution du contrat. D'une part ces échéances postérieures payées sont qualifiées d'indemnité et non pas de prix par la jurisprudence, les auteurs précités expliquant ce phénomène par l'absence de naissance des créances correspondant aux échéances postérieures. D'autre part, lorsque le paiement des échéances postérieures est ordonné en vertu de la clause précitée, toutes les échéances sont en principe payées immédiatement, tout se passe comme s'il y avait échéance du terme. Mais comme la jurisprudence qualifie cette somme immédiatement payée d'indemnité et non de paiement du prix, les partisans de la thèse contemporaine affirment qu'il ne peut y avoir de échéance du terme et que, pour cette raison, les créances ne sont pas nées (a). L'argumentation nous semble erronée. Elle élude dans les deux cas le mécanisme de réfaction par réduction de l'obligation, ce qui lui permet de croire que la créance d'échéances postérieures n'a jamais existé alors qu'elle n'existe simplement plus (b).

a) *L'absence de prix avant la survenance des échéances ?*

197. Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 10 octobre 1995¹, un client avait souscrit un contrat d'enseignement d'une année, mais s'était désisté avant la rentrée scolaire. L'école demandait malgré tout le paiement intégral de l'enseignement en vertu d'une clause du contrat qui prévoyait que le droit d'inscription restait intégralement dû en cas de désistement. La Cour d'appel avait refusé de revoir le montant à la baisse sur le fondement de l'article 1152 du Code civil au motif que l'obligation contractée était irrévocable. Pour les juges du fond, les droits d'inscription payés n'avaient pas changé de qualification et il s'agissait donc toujours de l'obligation initiale de paiement du prix de l'enseignement que le juge ne pouvait altérer en vertu de l'article 1134 du Code civil. L'arrêt est cassé au visa de l'article 1152 du Code civil : « *en statuant ainsi alors que la stipulation prévoyant que le droit d'inscription restant intégralement dû s'analysait en une évaluation conventionnelle de dommages-intérêts pour le cas de rupture de la convention contraignant le débiteur à s'exécuter* ». Dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat échelonné d'enseignement, mais de telles clauses pareillement qualifiées de clauses pénales sont également fréquentes dans d'autres contrats à exécution successive tel que le contrat de crédit-bail ou le contrat de rente viagère.

198. Un commentateur de l'arrêt explique la solution par les choix procéduraux des parties. Pour lui, « *s'il avait agi en exécution forcée du contrat, sur le fondement de l'art. 1134 c. civil, il n'aurait pu qu'obtenir gain de cause* ». L'opinion ne nous convainc pas. En effet, au vu des développements précédents sur l'exécution forcée, on ne peut (plus) la demander pour le paiement du prix d'une

¹ Civ. 1, 10 oct. 1995, n°93-16869, P, op. cit. n°197, D. 1996, 486, B. FILLION-DUFOULEUR, D. 1996, 116, P. DELEBECQUE, JCP G 1996 I 3914 n°9, M. BILLIAU, JCP G 1996 II, 22520, G PAISANT. La définition de la clause pénale est rappelée en chapeau : « *Attendu que constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* ».

prestation dont l'exécution est devenue impossible, y compris par le fait même du créancier bénéficiaire de ladite prestation et débiteur du prix.

199. D'après les partisans des thèses contemporaines, puisque ce paiement des échéances postérieures se trouve qualifié d'indemnité due en vertu d'une clause pénale, c'est que les obligations qui leur correspondent n'existent pas encore, que les termes à échoir ne correspondent pas à des obligations nées. Telle est l'argumentation soutenue par Catherine Golhen¹.

200. Cette qualification n'implique pas d'après nous que la créance de prix n'était pas née. D'emblée, puisqu'il s'agit justement d'une créance distincte d'indemnité due en vertu d'une clause pénale, comment celle-ci pourrait donner des indications sur la naissance de la créance principale de prix ? Il est malgré tout exact que cette créance de prix ne peut pas être due, contrairement à ce que pense M. Fillion-Dufouleur commentant l'arrêt précité du 10 octobre 1995². Mais nous en revenons au cas vu précédemment sur le refus d'exécution forcée du paiement du prix. Dans l'arrêt précité, le refus de l'étudiant de recevoir l'enseignement pourtant souscrit implique l'impossibilité pour l'école de fournir cette prestation, car cette fourniture nécessite la participation de l'étudiant. Or, une impossibilité d'exécuter le contrat engendre nécessairement sa résolution automatique conformément à l'article 1184 du Code civil. Ce n'est donc pas que la créance de prix des droits d'inscription n'était pas née au jour du contrat, mais simplement qu'elle fut supprimée au jour de sa révocation, certes illicite, mais qui s'impose malgré tout au droit et qui est prise en compte par lui. C'est cette révocation qui a donné naissance à la créance d'indemnité en vertu de la clause pénale stipulée au contrat. Les partisans de la thèse contemporaine font ici fausse route : **ce n'est pas que l'obligation n'existe pas encore, c'est simplement qu'elle n'existe plus.**

201. Deux points ajoutent ici de la confusion et laissent le champ libre à trop de spéculations. D'une part, la clause pénale n'est pas toujours qualifiée comme telle. Dans l'affaire précitée de 1995 elle donne l'impression de rappeler simplement la force obligatoire du contrat, l'article 1134 du Code civil. D'autre part, par la volonté (imposée) des parties, le montant de l'indemnité due au titre de la clause pénale coïncide avec celui de la dette de prix initiale et résolue. Tout se passe économiquement comme si la créance de prix avait été maintenue³, ce qui explique que sa résolution

¹ C. GOLHEN, *Les contrats dits à exécution successive, Réflexion sur la date de naissance des obligations*, th. 2006. P. ANCEL, D. 1996, 625, note sous civ. 2, 10 juill. 1996 n°94-19551, P, op. cit. n°156.

² Cf. supra n°197.

³ Le choix entre les qualifications d'indemnité ou de prix est importante car les régimes ne sont pas identiques. Outre la possible révision pour excès de la clause pénale conformément à l'art. 1152 du Code civil, une indemnité n'est pas soumise à TVA car elle ne constitue pas le prix d'une prestation. De même comptablement et fiscalement, l'indemnité est enregistrée et imposable pour le tout au jour de sa naissance, le jour de la révocation du contrat, de son inexécution, tandis qu'elle est enregistrée et imposée au fur et à mesure de l'exécution ou de bénéfice de la prestation lorsqu'il s'agit du prix de cette dernière. À cela s'ajoute le fait qu'une indemnité peut être couverte par une assurance de responsabilité, ce qui n'est pas le cas de l'exécution d'une obligation contractuelle telle que le paiement du prix. D'autres divergences existent sans doute comme le montrent quatre récents arrêts publiés au bulletin de la chambre criminelle du 15 févr. 2011 (n°10-87019, 10-83988, 10-87185, 09-83741, P) où il a été décidé que la prime conventionnelle qui rémunère les temps de pause ne pouvait être prise en compte pour déterminer si le salaire versé était bien au moins égal au SMIC (à défaut de quoi l'employeur est en contravention de 5ème classe, art. R. 3233-1 du Code du travail), car précisément il ne s'agit pas d'une rémunération qui constitue la contrepartie du « *temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer à ses occupations personnelles* » (soc. 13 juill. 2010, n°09-42890, 09-42891, 09-42892, P).

passé inaperçue et qu'il puisse être soutenu qu'elle n'était jamais née. Et la confusion peut être poussée à son maximum lorsque l'indemnité due en vertu de la clause pénale emprunte ses modalités à l'ancienne créance de prix car, en général, alors que le paiement du prix est échelonné ou successif, celui dû en vertu de la clause pénale est intégral et immédiat, ce qui permet quand même de bien différencier les deux créances dans les esprits. Tel n'était pas le cas dans un arrêt de la chambre commerciale du 9 juillet 1992 où la clause pénale d'un contrat de crédit-bail immobilier prévoyait la continuation du paiement des loyers successifs jusqu'à la relocation ou la revente de l'immeuble par le bailleur dans la limite de la durée initiale prévue au contrat¹.

202. Outre les rares cas où l'indemnité due en vertu de la clause pénale emprunte les modalités de l'obligation initiale de prix, la mise en œuvre d'une telle clause engendre généralement un paiement immédiat de l'équivalent économique de toutes les échéances postérieures. Tout se passe alors comme si le paiement était anticipé, comme s'il y avait déchéance du terme. Mais il n'y aurait véritablement déchéance du terme que si la somme payée était qualifiée de prix. Ce refus de qualification impliquerait qu'il ne puisse en réalité y avoir déchéance du terme puisque, lorsque tout est dû immédiatement, il ne s'agit plus d'un prix, mais d'une indemnité. Cette prétendue impossible déchéance du terme constitue un autre argument des partisans des thèses contemporaines.

b) L'impossible déchéance du terme des échéances postérieures ?

203. La clause qui exige le paiement de toutes les échéances postérieures fait penser à une clause de déchéance du terme car tous les termes postérieurs sont généralement payés immédiatement lorsque cette clause est mise en œuvre. En refusant de qualifier de prix la somme versée en vertu de cette clause, la jurisprudence donne l'impression qu'une déchéance du terme n'est pas possible pour les échéances postérieures, que le prix ne peut être exigé par anticipation. Cela donne des arguments aux partisans de la thèse contemporaine qui expliquent alors que l'impossibilité d'une déchéance du terme montre que les créances naissent successivement, qu'elles ne sont pas encore nées, ce pourquoi il ne peut y avoir déchéance du terme, parce que le terme stipulé n'en serait pas véritablement un, mais serait en réalité une date de naissance des créances. Tel est l'argumentation développée par Pascal Ancel² qui compare, pour appuyer son argumentation, cette hypothèse à celle d'un contrat de prêt où une déchéance du terme est possible. Mais l'argumentation nous apparaît doublément biaisée, tant à l'égard de l'absence de déchéance du terme invoquée par l'auteur dans le contrat de crédit-bail du fait de la qualification d'indemnité de la somme versée, qu'à l'égard de l'analogie choisie, un contrat de prêt.

Au-delà du régime inhérent à la qualification, la parfaite distinction des deux obligations est importante, prix et indemnité, il y a dualité et non pas unité, ce qui implique que le banquier cessionnaire ou le créancier saisissant de la créance de loyers à exécution successive ne voit pas sa saisie se poursuivre sur la créance d'indemnité due en vertu de la clause pénale.

¹ Com. 9 juill. 1992, n°00-14543, inédit : faisant application du privilège de l'anc. art. 40, les juges du fond avaient considéré la créance à naissance successive, faisant bénéficier au crédit-bailleur dudit privilège pour les échéances postérieures ; l'arrêt est cassé, la créance était née intégralement et pour le tout avant le jugement d'ouverture car le contrat était déjà résolu à cette date, elle aurait donc dû être déclarée malgré son absence de détermination au jour du jugement d'ouverture.

² P. ANCEL, D. 1996, 625, note sous civ. 2, 10 juill. 1996, n°94-19551, P, cf. supra n°156.

204. Concernant l'absence de déchéance du terme soulevée par Pascal Ancel, la clause de paiement des échéances postérieures peut effectivement être perçue comme une telle déchéance du terme lorsque l'on s'attache à la lettre de certains arrêts de la chambre commerciale comme celui du 30 novembre 2010¹. Dans cet arrêt, le crédit-bail était rompu par le fait du crédit-preneur, mais une clause du contrat lui imposait malgré tout le paiement de tous les loyers à échoir. Les juges du fond avaient refusé de réviser la clause au motif qu'il ne s'agissait pas d'une indemnité forfaitaire due en vertu d'une clause pénale, mais de la simple exécution de l'obligation prévue au contrat. L'arrêt est cassé et l'attendu de principe mérite d'être repris in extenso afin de le commenter : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la majoration de charges financières pesant sur la débitrice, résultant de l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la date de la résiliation, a été stipulée à la fois comme un moyen de contraindre à l'exécution et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le crédit-bailleur du fait de l'accroissement de ses frais ou risques, à cause de l'interruption des paiements prévus, et qu'elle constitue ainsi une clause pénale susceptible de modération pour excès...* ».

En constatant une anticipation de l'exigibilité des loyers futurs, la Cour de cassation laisse à penser que ce serait bien l'obligation initiale prévue au contrat qui serait exigée immédiatement et non pas une obligation distincte, une créance d'indemnité et non la créance de loyer, bien que de montants équivalents. Mais alors, interprété de la sorte, ces arrêts iraient à l'encontre de l'argumentation de Pascal Ancel, il y aurait bien déchéance du terme. Tel n'est pas le cas puisque, dans ces arrêts, la Cour constate à chaque fois qu'il s'agit d'une clause pénale et censure les arrêts d'appel pour ne pas avoir examiné l'éventualité d'une réduction pour excès. D'ailleurs, si l'arrêt explicite une anticipation de l'exigibilité des loyers, il évoque également l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur. Tout se passe économiquement comme s'il y avait déchéance du terme, mais ce n'en est pas réellement et juridiquement une puisqu'elle est qualifiée d'indemnité due en vertu d'une clause pénale pouvant à ce titre faire l'objet d'une réduction pour excès, régime incompatible avec la créance de prix que constitue les loyers.

En vérité, en se focalisant sur la distinction entre une clause de dédit et une clause pénale pour savoir s'il y a lieu d'appliquer ou non le pouvoir modérateur du juge² en vertu de l'article 1152 du Code civil, la jurisprudence en oublie de bien opérer la distinction entre l'obligation conventionnelle initiale d'une part (le loyer né au contrat) et la créance d'indemnité forfaitaire d'autre part (due en cas d'inexécution du contrat et née à la date de cette inexécution). Ce n'est pas parce qu'il y a bien dissociation des obligations, la créance de loyers d'une part, une créance d'indemnité de naissance et d'origine distincte d'autre part, que l'argumentation de Pascal Ancel doit pour autant être validée. En effet, l'existence a posteriori de la créance d'indemnité n'implique en rien l'inexistence a priori de la créance de prix.

¹ Com. 30 nov. 2010, n°09-15980, P, *RJDA* 2011, n°107. Voir également pour des situations similaires avec un attendu de principe identique : com. 5 juill. 1994, n°92-19106, P, com. 24 mai 2005, n°04-12369, inédit, *BRDA* 2005, n°14, p. 7, com. 2 mai 2001, n°98-16303, inédit.

² La doctrine critique majoritairement ce cantonnement en droit français du champ d'application de l'art. 1152 du Code civil, car, effectivement, la conséquence en est qu'il suffit à la partie forte d'opérer une rédaction habile pour s'affranchir de ce pouvoir modérateur du juge, ce qui n'est pas satisfaisant. Voir sur cette question : A. PINTO-MONTEIRO, « La clause pénale en Europe », in *mél.* J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 719. L'auteur expose que la double fonction indemnitaire et comminatoire est classique en Europe. L'auteur donne également l'exemple du droit portugais où le juge dispose d'un pouvoir modérateur tant sur la clause pénale que sur la clause de dédit selon un critère d'équité et sur le fondement d'un principe général de modération de la liberté contractuelle.

205. Ce n'est pas parce que les échéances de loyers postérieurs ne sont pas encore nées qu'elles ne peuvent être exigées immédiatement, mais plutôt parce que le contrat cesse d'exister contrairement à ce qui était prévu. L'inexécution de l'une de ses obligations par le crédit-preneur a engendré la mise en œuvre d'une clause résolutoire, le crédit-preneur doit restituer le bien et payer les loyers à échoir en guise de pénalité. Ce paiement ne saurait constituer le prix du loyer initialement convenu puisque le contrat cesse d'être exécuté et qu'aucune jouissance de la chose louée ne sera octroyée en contrepartie. Il y a ici **confusion entre une déchéance du terme et la résolution partielle du contrat avec application d'une clause pénale dont l'objet se réfère aux loyers à échoir, à l'obligation initiale.** Il y a à nouveau confusion entre une absence de naissance *ab initio* de la créance de loyers postérieurs et sa réduction pour résolution partielle du contrat au jour de son inexécution.

Il en irait autrement en cas de véritable déchéance du terme, qui se conçoit très bien en la matière¹, mais qui correspondrait à un schéma différent. Dans une telle hypothèse, il n'y aurait pas cessation du contrat par résiliation. Son exécution se poursuivrait jusqu'à son terme. Mais le paiement de tous les loyers postérieurs seraient immédiatement exigé. La jouissance postérieure continuerait donc d'être octroyée jusqu'au terme du contrat de crédit-bail. C'est là une différence fondamentale. L'existence d'une telle clause de déchéance du terme serait d'ailleurs bienvenue comme prémices au jeu d'une clause résolutoire, car elle laisserait au crédit-preneur la possibilité de bénéficier de la jouissance postérieure, tandis qu'il ne l'aurait pas avec le jeu de la clause résolutoire, mais serait quand même tenu au paiement des échéances postérieures par l'application d'une clause pénale conjuguée à la clause résolutoire. Il est possible de se demander si la bonne foi contractuelle n'imposerait pas qu'une simple déchéance du terme puisse toujours constituer l'antichambre d'une clause résolutoire.

206. Concernant **l'exemple du contrat de prêt** utilisé par Pasacal Ancel, la situation est parfaitement identique à celle du contrat de crédit-bail qui vient d'être étudiée. Le contre-exemple du contrat de prêt utilisé par l'auteur ne peut donc pas être utilisé pour démontrer une naissance successive des créances.

En premier lieu, la déchéance du terme dans le contrat de prêt n'en est pas une. La pratique la nomme déchéance du terme parce que l'argent prêté est remboursé avant terme, immédiatement, généralement après un indicent de paiement. Ce n'est toutefois pas une véritable déchéance du terme, mais un cas de résolution du contrat. L'argent prêté est restitué au même titre que la chose donnée en crédit-bail doit l'être et cette restitution ne s'opère pas en vertu d'une clause de déchéance du terme, mais d'une clause résolutoire. Ce qui rend la question confuse, c'est que la chose prêtée est une somme d'argent et non un bien corporel. Il y a là davantage l'anticipation d'un terme extinctif, le terme du contrat de prêt, que d'un terme suspensif auquel serait suspendue l'obligation de remboursement du prêt.

¹ En ce sens, B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. LGDJ 2006. Contra, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

En second lieu, l'exigibilité immédiate de toutes les échéances postérieures prévues au contrat de prêt constitue également et en réalité une indemnité due en vertu d'une clause pénale¹. Dans une telle hypothèse, ce n'est en effet plus le seul capital qui est immédiatement remboursé, mais tous les intérêts qui auraient été dus si le contrat de prêt avait perduré jusqu'à son terme. Or, ces intérêts sont dus alors que la chose n'est plus à la disposition de l'emprunteur puisque le capital est *de facto* remboursé. Pour cette raison, il s'agit d'une indemnité due en vertu d'une clause pénale et non du paiement du prix qui avait été initialement stipulé, le prix de la jouissance des fonds que constituent les intérêts.

Au final, crédit-bail ou prêt, la situation est identique car un prêt à intérêt n'est pas autre chose qu'un bail d'argent, les intérêts constituant le prix de l'argent, les loyers. En cas de rupture du contrat, l'argent est immédiatement restitué de la même façon que le bien corporel est restitué au crédit-bailleur en cas de rupture d'un crédit-bail. Ce n'est pas parce que les échéances postérieures ne sont pas nées qu'elles ne peuvent être dues en tant que telles immédiatement, qu'il ne peut y avoir de déchéance du terme, mais parce que les obligations initiales ont fait l'objet d'une réfaction des suites de la rupture du contrat, elles ont été réduites à proportion de la période postérieure à la résiliation du contrat dont il est devenu certain qu'elle ne recevra pas exécution.

207. Si les auteurs partisans de la thèse contemporaine ont pu malgré tout user de ces arguments au soutien d'une naissance successive des créances, c'est qu'en vérité **le droit se montre hostile à l'égard de la réfaction** et semble faire son possible pour cacher les cas où celle-ci se produit. Or, c'est justement parce que la réduction de l'obligation passe inaperçue que l'on peut se permettre de soutenir que les créances n'étaient pas nées pour le futur. Il faut donc prendre pleinement conscience de ce terrain propice au mirage d'une absence de naissance de la créance pour ne plus s'y laisser prendre et bien voir qu'il y a réfaction *a posteriori* de l'obligation et non pas absence de naissance *a priori*.

B. Un environnement propice à l'illusion d'une absence de naissance

208. La résistance du droit à admettre les cas de réfaction de l'obligation explique que celle-ci soit perçue de façon trop rigide, que son caractère contingent ne soit pas suffisamment pris en compte. Il faut prendre conscience de ces deux facteurs pour ne pas se laisser prendre au mirage d'une absence de naissance là où il y a en réalité prénaissance suivie d'une réfaction de l'obligation. Pour ce faire, il suffit de constater, d'une part que les cas de réfaction de l'obligation sont plus fréquents que le droit ne veut bien l'admettre (1), d'autre part que l'obligation présente toujours une certaine contingence qui se traduit par sa flexibilité et sa variabilité (2).

¹ Clause pénale : com. 9 mai 2001 n°98-15722, P. Ou clause d'indemnisation conventionnelle : com. 9 juill. 1991 n°89-18270, P. À notre égard, le résultat est identique, l'important est qu'il ne s'agisse pas du paiement immédiat de toutes les échéances postérieures, mais d'une créance distincte d'indemnisation pour inexécution du contrat, généralement pour défaut de paiement d'une échéance et mise en œuvre de la clause résolutoire prévue au contrat. Remarquons tout de même que la somme versée n'est pas intégralement l'indemnité forfaitaire, le montant du capital ne constitue que la restitution immédiate de la chose prêtée du fait de la rupture du contrat, seul le surplus constituant l'indemnisation conventionnelle forfaitaire (intérêts, assurance,...).

Finalement, l'exécution de l'obligation n'est jamais totalement certaine, elle ne l'est de façon absolue qu'une fois accomplie, qu'une fois l'obligation éteinte. Méconnaître cette particularité de l'obligation, c'est **méconnaître la nature et l'essence de ce concept juridique fondamental en reniant son existence par une confusion entre sa naissance et son extinction.**

1/ La résistance du droit à l'égard de la réfaction

209. La résistance du droit à l'égard des mécanismes de réfaction de l'obligation (a) s'explique par une vision trop poussive à la fois de l'intangibilité du contrat et de l'indivisibilité de l'obligation (b).

a) La résistance derrière l'existence

210. Il est des cas certains de réfaction de l'obligation. Dans certains de ces cas, la réfaction est masquée, cachée derrière une prétendue compensation avec une créance de responsabilité en sens inverse. Les travaux doctrinaux prennent d'ailleurs acte de ce qu'il n'existe pas encore de théorie générale de la réfaction et que celle-ci serait sans doute bienvenue¹. De tout ceci il résulte qu'il n'est pas étonnant que le cas de réfaction automatique de l'obligation pour inexécution avérée de la prestation et donc du contrat soit passé inaperçu, laissant ainsi le champ libre aux partisans de la thèse contemporaine pour soutenir que les arrêts précités s'expliquent par une absence de naissance alors qu'en réalité il y a réfaction des obligations qui étaient préalablement nées.

211. En droit commun des contrats, les cas de rescision pour lésion peuvent impliquer une réfaction du prix. Il en va de même en droit de la vente où il est expressément prévu la possibilité d'une réfaction du prix en cas de livraison non conforme d'une chose. L'art. 1644 du Code civil laisse le choix à l'acheteur entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire ; cette dernière consiste en la conservation de la chose non conforme avec diminution du prix². Cette diminution de prix constitue donc une modification a posteriori de l'objet de l'obligation initiale du contrat. Cela ne signifie pas pour autant que l'obligation de payer le prix n'existait pas avant la livraison de la chose non conforme, mais simplement que cette obligation a dû subir une modification en cours d'exécution du contrat des suites de survenance d'un événement, la livraison de la chose non conforme, voire la découverte du vice caché. D'autres dispositions spéciales sont du même acabit, telle la loi Carrez n°65-557 du 10 juillet 1965 qui prévoit en son article 46 une réduction à proportion du loyer lorsque la superficie réelle est inférieure à la superficie qui doit obligatoirement être mentionnée dans le bail. Également en matière de vente, la jurisprudence s'accorde parfois des largeurs comme le montre un

¹ Cf. infra n° 215.

² Cette réduction du prix dans la vente existait déjà avant le Code civil et semble remonter au XII^{ème} siècle avec ACCURSE et le Glossateurs. L'art. L. 211-10 du Code de la consommation prévoit également une telle option au profit du consommateur lorsque la chose livrée n'est pas conforme et qu'il ne peut être remédié au défaut de conformité.

arrêt du 12 mai 2010 de la 3^{ème} chambre civile¹ où la Cour approuve les juges du fond d'avoir transformé l'objet du contrat de vente. Alors que celui-ci portait sur la pleine propriété de locaux à usage de restaurant, les juges avaient transformé celle-ci en une quote-part indivise du bien au motif qu'un seul des trois coindivisaires avait réellement signé l'acte de cession.

212. Mais le cas le plus connu et le plus large quant à son domaine d'application réside dans la révision des honoraires excessifs. La jurisprudence s'était octroyée ce pouvoir dès le XIX^{ème} siècle en matière de mandat². La solution fut étendue par la suite à tous les contrats de prestation de service prévoyant le versement d'honoraires³. La doctrine estime qu'il n'est pas de raison de limiter la solution aux seuls honoraires, notion non juridique, et que la solution devrait être étendue à tous les contrats d'entreprise dont l'unification du régime s'impose à cet égard⁴. La difficulté quant à l'appréciation exacte de la prestation avant son exécution, qui justifie ce pouvoir de révision pour excès, se retrouve en effet dans tout contrat d'entreprise et non pas seulement dans ceux prévoyant le versement d'honoraires.

Il ne faut enfin pas oublier la révision judiciaire du contrat pour imprévision, qui, si elle n'est pas admise en droit privé français, a tout de même actuellement le vent en poupe. Un arrêt récent du 29 juin 2010 le montre en admettant la résiliation unilatérale anticipée d'un contrat pourtant à durée déterminée au motif que des modifications du contexte économique avaient tellement déséquilibré le contrat que l'obligation du prestataire se trouvait pour ainsi dire privée de contrepartie, privée de cause⁵. Le coût de la prestation était devenu sans commune mesure avec le prix initialement convenu de telle sorte que l'obligation du prestataire avait perdu sa cause, que le contrat était devenu caduc. Commentant l'arrêt, Jacques Ghestin met clairement en exergue le fait que cet arrêt relance le débat sur la révision pour imprévision. Remarquons que l'on parle de « révision » et non pas « d'absence de naissance » des obligations. Il s'agit certes de révision du contrat, mais celle-ci implique la révision des obligations qui y sont prévues. Aucun auteur ne soutient qu'une telle révision pourrait se justifier par le fait que les obligations issues du contrat à exécution successive ne seraient pas encore nées.

¹ Civ. 3, 12 mai 2010, n°08-17186, P, D. 2010, 1417, JCP N 2010, n°41, 1320, S. PIEDELIÈVRE. L'acte comportait une fausse signature et n'avait pas été signée par le troisième, d'où la transformation par requalification en cession de la seule quote-part indivise du premier qui avait réellement signé l'acte ; une telle façon de procéder peut s'interpréter comme une sanction à l'égard du coindivisaire cédant.

² Civ. 29 janv. 1867, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 2008, n°266, DP 1, 53, S. 67, 1, 245.

³ Civ. 1, 3 juin 1986, n°85-10486, P, JCP G 1987 II 20791, A. VIANDIER. Réduction de 30% des honoraires réclamés par un comptable agréé : « Mais attendu que les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire ces derniers lorsqu'ils apparaissent exagérés pourvu qu'ils n'aient pas été versés en connaissance du travail effectué et après service fait ». Alain Viandier dégage l'équité comme fondement et limite ses développements aux professions libérales contrairement à d'autres auteurs qui remettent ce cantonnement en question. Un arrêt de 1907 avait déjà limité les honoraires d'un médecin (Trib. civ. Seine 23 févr. 1907, DP 1910, II, 53).

⁴ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 10^{ème} éd. 2013, n°813. F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, traité LGDJ, 2008, spéc. n°440. Voir également G. DURAND-PASQUIER, *Le maître de l'ouvrage, contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, th., 2005. Pour l'auteur, la révision judiciaire du contrat en cas d'absence de prédétermination du travail de l'entrepreneur dépasserait le domaine du contrat d'entreprise, il y aurait lieu d'en faire une règle de droit spécial commun des contrats. Mais il faut dire aussi que l'auteur adopte une vision étroite du contrat d'entreprise en l'axant autour du critère de travail spécifique (unique) dépourvu d'antériorité au sens du droit des dessins et modèles et non redéployable selon une expression d'économiste.

⁵ Com., 29 juin 2010, n°09-67369, inédit, D. 2010, 2485, T. GENICON, JCP G 2010, n°43, 1056, T. FAVARIO, RTD civ. 2010, 762, B. FAGES, RDC 2011, 34, É. SAVAUX. Le conseiller rapporteur met bien l'accent sur la problématique qui se situe au stade de l'exécution et non au stade de la formation du contrat et qui est de savoir si la disparition de la cause est susceptible d'engendrer la caducité du contrat.

213. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est des hypothèses où le juge peut opérer une réfaction du contrat et par là même des obligations qui y sont prévues. Mais cela ne semble admis que lorsque les textes le prévoient expressément ou lorsque la jurisprudence se trouve clairement et définitivement ancrée en la matière. Les cas de réfaction sont pourtant plus fréquents qu'il n'y paraît. La jurisprudence les masque cependant sous couvert d'une compensation du prix initialement convenu avec une dette de responsabilité contractuelle en sens inverse, ce qui revient in fine économiquement à une réduction du prix¹. La méthode nous semble cependant critiquable. Ce n'est pas seulement économiquement qu'il y a réduction du prix, cela devrait être juridiquement. Cela implique d'ailleurs certaines conséquences qui semblent être passées inaperçues.

Commentant un arrêt récent, Philippe Simler fait clairement ressortir l'inconvénient qu'il peut y avoir à **déguiser une réduction du prix en compensation avec une dette de responsabilité contractuelle**. Dans cet arrêt de la chambre commerciale du 3 novembre 2010, l'action d'une banque contre la caution avait partiellement échoué du fait de la compensation de la créance avec une dette de responsabilité du banquier à l'égard de la caution². Le banquier avait alors agi en exécution d'une sûreté réelle sur les biens d'une autre caution, mais s'était vu débouté au motif que l'extinction de sa créance par compensation avec sa dette de responsabilité avait entraîné l'extinction des garanties y afférentes. Monsieur Simler fait ressortir le caractère vicié d'un tel raisonnement. La créance garantie par toutes les cautions avait été éteinte par une dette de responsabilité à l'égard d'une seule uniquement. Il s'ensuit qu'en théorie, cette caution qui avait ainsi éteint la dette commune devrait disposer d'un recours en contribution contre ses cofidélisés. Ce recours serait pourtant inique car il permettrait à la caution d'obtenir le remboursement de sommes qu'elle n'a pas déboursées et impliquerait son enrichissement sans cause. Il nous apparaît que la remarque peut être transposée à l'égard du recours subrogatoire de la caution contre le débiteur principal : ayant éteint la dette pour le tout, bien que partiellement par compensation avec la créance de responsabilité que lui avait octroyée les juges, la caution dispose en principe d'un recours subrogatoire pour le tout à l'égard du débiteur principal, pouvant ainsi obtenir remboursement de l'intégralité de la dette alors qu'elle n'en a payé qu'une partie seulement. L'auteur conclut que le bon sens s'oppose à une telle solution, que c'est le principe même du recours à la compensation qui doit ici être remis en cause et qu'« *il conviendrait d'admettre que la responsabilité du créancier emporte extinction ou réduction directe de sa créance... et non point octroi de dommages et intérêts compensables* ». Il est remarquable à cet égard que la confusion se retrouve accentuée par des dérives en matière de droit de la responsabilité où la tendance conduit à réduire systématiquement sa mise en œuvre à l'octroi de dommages et intérêts en oubliant le panel de possibilités qu'elle recèle au regard du principe français d'une réparation en nature et non pas par équivalent³. Mais la confusion entre compensation et réduction présente d'autres inconvénients.

¹ Denis Mazeaud expose qu'il en va de même du cas de nullité pour dol où la victime du dol ne réclame pas la nullité du contrat mais uniquement des dommages et intérêts ou encore des dommages et intérêts dus en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix qui reviennent en réalité à diminuer le prix unilatéralement fixé (D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in Colloque fac. Chambéry, que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et Pat.* mars 1998, n°58, p. 58).

² Com. 3 nov. 2010, n°09-16173, inédit, *JCP E* 2011, P. 403, P. SIMLER.

³ En l'espèce, la réparation en nature consiste à diminuer une créance d'argent. Ceci explique ce glissement automatique mais répréhensible de la jurisprudence vers des dommages et intérêts. Sa réticence injustifiée à actualiser les préjudices de somme

Alors que la réduction est inhérente à la dette et s'opère quel que soit sa date, la compensation nécessite que des conditions soient remplies avant qu'un mécanisme de mobilisation ou de transfert de la créance n'ait été mis en œuvre. Si la compensation de dettes connexes en réduit les inconvénients en ne nécessitant pas les conditions d'exigibilité et de liquidité de la créance, elle nécessite néanmoins l'existence de la créance connexe¹, généralement de responsabilité.

La différence de qualification pose aussi un problème au regard de la TVA car, tandis qu'un prix est soumis à TVA, une indemnité ne l'est pas.

À cela s'ajoute que la réduction du prix ne s'opère pas suivant les mêmes conditions que la détermination d'une créance de responsabilité qui doit être en principe en adéquation avec le préjudice subi. Il est certes vrai que le pouvoir souverain des juges du fond quant à la fixation du montant permet en pratique de niveler dans les deux cas les différences de régime.

Des arrêts admettent pourtant expressément qu'il s'agit de réduction de l'obligation et non pas de compensation avec des dommages et intérêts². Il serait approprié de généraliser cette vision appropriée des choses.

214. Rien d'étonnant dès lors que soit passé inaperçu le cas de réfaction automatique du contrat par la mise en œuvre du mécanisme résolutoire dans l'hypothèse où l'exécution serait devenue impossible par refus du client de recevoir la prestation, à tout le moins dans les cas où sa participation est nécessaire pour que la prestation puisse être exécutée. Si ce cas de réfaction a pu passé inaperçu, c'est parce que le droit se montre encore frileux et méfiant à l'égard du mécanisme de réfaction lorsqu'il n'est pas expressément prévu par les textes ou clairement établi en jurisprudence. Et c'est parce que la réfaction de l'obligation est passée inaperçue que les partisans des thèses contemporaines ont pu soutenir qu'il y avait dans ces hypothèses absence de naissance des échéances postérieures du prix, ce pourquoi l'exécution forcée du paiement du prix était refusée par la jurisprudence et la somme correspondant au prix malgré tout versée en vertu d'une clause contractuelle expresse ne pouvait qu'être qualifiée d'indemnité forfaitaire due en vertu d'une clause pénale et non de prix dont le paiement intégral serait anticipé en vertu d'une déchéance du terme. Dans ces hypothèses, ce n'était en réalité pas que la créance d'échéances postérieures n'existait pas

d'argent, en particulier lorsque la victime a réparé elle-même son propre dommage participe du même esprit qu'il serait grand temps de faire évoluer.

¹ Jérôme François remarque que la compensation de dettes connexes est traitée par la jurisprudence comme une exception inhérente à la dette (J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, traité Economica 2013, n°384). Elle peut être opposée, même en cas de notification de la cession de créance et quelle que soit la date de naissance de la créance connexe dont la compensation est invoquée (com. 7 mars 2006 n°04-18230, inédit). Mais alors, comment pourrait-il y avoir compensation alors que, du fait de la cession antérieure à la naissance de la créance connexe, les protagonistes des deux rapports d'obligations ne sont plus les mêmes ? Cela montre bien que la compensation de dettes connexes cache sans doute souvent une réfaction de l'obligation cédée, ce pourquoi il n'est pas besoin de s'occuper de la date de survenance de la cause de réfaction, elle s'impose forcément au titulaire de la créance, quel qu'il soit.

² Civ. 3, 21 févr. 1984, n°82-15971, P : en présence de fautes réciproques, pouvoir souverain pour apprécier la proportion à la réparation ou la décharge partielle des obligations quand le cocontractant n'a pas rempli totalement les siennes. Civ. 3, 16 sept. 2009, n°08-10487, P, *JCP G* 2009 n°51 p. 45, ch. P. GROSSER : l'arrêt montre clairement sur le plan procédural l'importance qu'il y a d'opérer la distinction entre une demande de réduction du prix et une demande de dommages et intérêts. Suite à une réduction de la surface louée, le preneur doit être admis à demander des dommages et intérêts pour privation de jouissance alors même qu'il a déjà obtenu une réduction du loyer pour diminution de la surface. Les deux demandes n'ont pas le même objet (art. 1351 du Code civil). De même, en cas de perte de garanties par négligence du créancier l'action de la caution n'est-elle pas totalement bloquée, mais simplement réduite à hauteur des sûretés réelles perdues (com. 19 oct. 2010 n°09-69951, inédit). Civ. 1, 8 juin 1994, n°92-16142, P, *JCP E* 1995 II n°652, D. LEGEAIS, où la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir réduit la créance de remboursement de la banque pour un prêt disproportionné par rapport aux ressources et aux besoins de l'emprunteur.

encore, c'est qu'elle n'existait plus des suites de sa réfaction à hauteur de l'inexécution dorénavant avérée.

215. Le fait que nombre de cas de réfections passent inaperçus n'échappe pas à **la doctrine**. Ainsi, Karine de la Asuncion Plane¹ se propose dans sa récente thèse sur la réfaction du contrat de construire une théorie de la réfaction du contrat (notion, régime et consécration textuelle) afin de l'incorporer dans la théorie générale de ce dernier.

Toutefois, malgré le terme de « *réfaction* » ici commun, l'auteur ne traite pas du type de réfaction objective que nous avons entendu mettre en exergue, une réfaction dans la cessation des relations contractuelles enrôlée pour cette raison sous la bannière de l'article 1184 du Code civil, la résolution du contrat. C'est une réfaction plus profonde du contrat que l'auteur entend mettre en place. En premier lieu, sa réfaction est un équilibrage a priori du contrat et non pas un rééquilibrage a posteriori. La proportion, l'équilibre des prestations se trouve modifié dans la réfaction au sens où l'entend l'auteur, tandis que dans notre hypothèse de réfaction les obligations sont modifiées en fonction de l'équilibre originel voulu par les parties. Chez Mme Asuncion Plane, la réfaction équilibre le contrat, ce pourquoi elle constitue une sanction de son déséquilibre ou de son illicéité, fondée sur l'équité et la bonne foi. Dans le cas de réfaction que nous avons entendu mettre en exergue et généraliser, le contrat n'est pas équilibré mais rééquilibré à hauteur de la prestation caractéristique exécutée ou plutôt de la portion qui ne pourra définitivement plus l'être et en se référant à la proportion initiale voulue par les parties qui n'est donc pas modifiée quant à elle. Nous serions tentés de dire que, davantage qu'une réfaction des obligations, la thèse de Mme de la Asuncion Plane traite des cas de réécriture du contrat.

La différence quant à l'acception du mécanisme de réfaction entre Madame de la Asuncion Plane et nous-mêmes s'explique par une différence fondamentale quant à la finalité poursuivie. Pour l'auteur, la réfaction sert à maintenir les effets du contrat pour l'avenir, tandis que dans notre cas elle sert au contraire à la cessation des effets du contrat dans l'avenir, uniquement pour savoir si, dans l'hypothèse où les effets antérieurs peuvent être maintenus, de quelle façon ils le sont. Sous cet angle, Anne-Sophie Lavefve Laborderie² adopte une vision quelque peu similaire à celle de Mme de la Asuncion Plane quant à la réfaction du contrat dans sa thèse sur la pérennité contractuelle.

Bien que différente, la réfaction au sens où l'entendent ces auteurs n'est pas sans lien avec le cas de réfaction que nous avons tenté de mettre en exergue. La preuve en est que ces auteurs citent en exemple la réfaction du prix de vente qui constitue également une illustration de notre acception de la réfaction. Il existe donc des points de contact. Surtout, sur le plan d'une vision plus générale, la réfaction au sens où Mme Asuncion Plane l'entend, va bien plus loin que celle que nous avons mis en exergue. Il s'ensuit que, si la théorie de la réfaction au sens où l'entend Madame Asuncion Plane devait être reçue en droit positif, *a fortiori* devrait-il être possible de prendre conscience du cas de

¹ K. DE LA ASUNCION PLANE, *La réfaction du contrat*, th. LGDJ 2006.

² A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, *La pérennité contractuelle*, th. LGDJ, 2005, n°846 et s. : l'auteur prône également une généralisation du mécanisme de réfaction puisque celui-ci sert la pérennité contractuelle. À la différence de Madame de la Asuncion Plane, l'auteur traite de la réfaction pour inexécution. Elle s'assure cependant du maintien de la sécurité juridique en n'admettant la réfaction que dans le cas où les obligations inexécutées sont accessoires et non pas principales, ce qui diffère profondément de notre cas de réfaction automatique qui ne joue qu'en cas d'inexécution partielle de l'obligation caractéristique donc principale.

réfaction que nous avons précédemment mis en évidence. En effet, si une théorie qui modifie l'accord originel peut être reçue, alors doit également l'être celle qui ne fait que modifier le contenu des obligations en fonction de l'équilibre originel stipulé entre les obligations réciproques et interdépendantes.

Notre cas précis de réfaction n'a par contre pas échappé à Thomas Genicon¹ dans sa thèse sur la résolution du contrat pour inexécution. Cela se comprend parfaitement dans la mesure où l'auteur traite plus spécifiquement du thème qui nous intéresse ici, la résolution du contrat. L'auteur milite contre le rattachement du cas de réfaction du contrat à sa résolution. Pour lui, il ne peut y avoir de demi-mesure, la résolution désigne l'anéantissement total du contrat, un anéantissement nécessairement rétroactif au jour de sa formation. La réfaction au sens où nous l'entendons ne devrait pas être rattachée au mécanisme de résolution. Autrement dit, la résolution partielle du contrat serait un faux concept, elle n'existerait pas. Il s'agit d'une sanction autonome de l'inexécution du contrat que l'auteur nomme « la révision pour inexécution », tout en souhaitant son émancipation et sa généralisation. Peu nous importe ici que le mécanisme soit rattaché ou non à la résolution. Quoi qu'il en soit, il y a dans les deux cas réduction *a posteriori* des créances qui étaient d'ores et déjà nées et non pas leur absence de naissance *a priori*.

216. Cette résistance du droit à l'égard du mécanisme de réfaction n'a pas non plus échappé à Denis Mazeaud² qui constate « *un contraste entre la révolution que provoque traditionnellement et officiellement la révision du contrat et sa fréquence, si ce n'est sa banalisation dans la réalité contractuelle* » et pressent que le phénomène de la révision contractuelle a de beaux jours devant lui. Cette résistance s'explique à l'aune des grands principes qui innervent la théorie générale du contrat, en particulier son intangibilité, et la théorie générale des obligations, en particulier leur indivisibilité.

b) L'explication par une intangibilité et une indivisibilité poussives

217. Thomas Genicon expose particulièrement bien l'état d'esprit engendrant cette résistance du droit à admettre comme tel les cas de réfaction du contrat : « *Mais c'est peut-être justement ce qui alimente les inquiétudes : bien souvent, mettre un mot sur les choses revient à placer en pleine lumière ce que l'on voudrait continuer à feindre d'ignorer. Car on se rassure certainement en rattachant la "résolution partielle" à la résolution pour inexécution puisqu'elle apparaît alors que comme un diminutif secondaire et donc inoffensif de cette dernière, dont elle empreinte au surplus la légitimité. Il faut pourtant dessiller l'observateur et souligner l'originalité d'un procédé qui, en réalité est tout à fait différent, puisqu'il consiste à permettre au juge de refaire le contrat au vu de l'inexécution qu'il constate. Isoler la "résolution partielle", mal nommée, pour discuter de la*

¹ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. LGDJ 2007, spéc. n°800 et s.

² D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA* 30 juin 2005, n°129 spéc. n° 6 et 13. De même, dans un autre article, l'auteur remarque « *combien le pouvoir de réduction judiciaire est potentiellement important, surtout lorsqu'il avance masqué ou qu'il progresse sans visa apparent* » (D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in *Colloque fac. Chambéry, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Droit et Pat.* mars 1998, n°58, p. 58).

révision pour inexécution est à la fois plus honnête et plus utile. En effet, on permet un débat franc et déclaré sur le bien-fondé d'une généralisation de la révision pour inexécution, en même temps que l'on évite que la résolution pour inexécution subisse éventuellement de regrettables déformations, que pourrait causer un malheureux rapprochement ».

Il est vrai que nos propos diffèrent légèrement de ceux de Pour Monsieur Genicon. Pour ce dernier, la réfaction, qu'il nomme « *révision pour inexécution* », se trouve noyée dans le mécanisme de résolution. Pour notre part, ce que nous entendons mettre en lumière, ce sont les cas où elle nous apparaît masquée par une prétendue absence de naissance des créances. L'idée est cependant la même : une réticence à admettre ouvertement qu'il y a réfaction de l'obligation. Approfondissant la réflexion, il convient de rechercher pourquoi cette réticence, cette peur de mettre en lumière ce cas de réfaction que Monsieur Genicon appelle « *révision pour inexécution* ».

218. C'est tout d'abord à cause du sacro-saint **principe d'intangibilité du contrat**. Le cas de réfaction que nous mettons en exergue permet au juge de réduire la rémunération prévue au contrat, ce que le droit n'admet que difficilement. Il est pourtant bien connu que le juge s'immisce bien souvent dans le contrat, ne serait-ce qu'avec le « forçage du contrat » qui consiste à y déceler des obligations qui n'ont pas été expressément souscrites par les parties. À cela s'ajoute le fait que les parties ne sont pas étrangères à la situation impliquant la réfaction : le client ne veut plus recevoir la prestation, tandis que le fournisseur a déjà exécuté partiellement la sienne. Et la résolution totale du contrat ne s'impose pas, car celui-ci est divisible. Il n'est pas évident du tout que les parties réclament la résolution totale du contrat imposant au juge de fixer le montant d'une restitution par équivalent. Elles se contentent sans doute de faire part au juge de leur désaccord sur l'état des comptes entre elles afin que celui-ci détermine le nouveau montant de la prestation effectuée et ayant profité au client malgré son caractère parcellaire. À cet égard d'ailleurs, le client aurait mauvaise grâce de s'opposer à une condamnation au paiement d'un prix partiel puisqu'il est lui-même responsable de l'inexécution partielle du fait de son refus de recevoir la prestation. Ainsi, si le juge réduira le prix, ce sera le plus souvent parce que la formulation des demandes des parties l'implique. Dans les arrêts que nous avons commentés¹, aucune demande de résolution totale n'avait été faite. Le fournisseur demandait le paiement intégral de la prestation alors qu'il n'avait pu la fournir du fait du refus de réception du client. Et le client de l'autre côté ne conteste pas devoir le prix des prestations déjà accomplies à son profit. Pour ces raisons, il ne reste au juge qu'à fixer le nouveau prix réduit à la vue du contrat tel qu'il a été in fine exécuté et déterminer les dommages et intérêts dus par le client fautif pour son refus d'exécution ayant pris la forme d'un refus de réception de la prestation initialement convenue.

219. C'est ensuite à cause d'une vision également poussive de **l'indivisibilité de l'obligation** que le droit se trouve réticent à l'égard de sa réduction ; celle-ci implique en effet que l'obligation puisse être divisible à défaut de quoi elle ne pourrait être réduite. Les articles 1220 et 1244 du Code civil expriment cette indivisibilité de principe d'après laquelle l'exécution doit être pleine et entière.

¹ Cf. supra n°185 et 197.

Est généralement exposé, pour nuancer le principe d'indivisibilité, le cas de décès du débiteur dans lequel la dette se divise entre les héritiers. Mais il est d'autres circonstances qui impliquent que la créance se divise malgré les articles précités. Tel est le cas d'une saisie-attribution de la créance qui s'opère à hauteur du montant de la créance saisie ; il s'ensuit nécessairement que la créance se trouve, des suites de la saisie, ventilée entre le créancier initial et le saisissant. Et il nous apparaît qu'une indivisibilité conventionnelle ne devrait pas pouvoir y faire obstacle. Il a en effet été jugé que la clause du contrat de base d'après laquelle toute cession de créance devait être soumise à l'approbation du débiteur de la créance était inopposable au créancier cessionnaire¹. Il devrait dès lors en aller pareillement pour une clause d'indivisibilité qui devrait être inopposable à un créancier saisissant. De même l'action paulienne peut-elle parfois illustrer cette divisibilité de l'obligation. Il a ainsi été jugé que l'acte frauduleux ne devait être inopposable au créancier demandeur que dans la mesure des droits de créance dont celui-ci se prévaut contre son débiteur pour exercer son action².

220. Intangibilité du contrat et indivisibilité de l'obligation constituent des principes certes importants qui vont de pair avec la force obligatoire du contrat énoncée à l'article 1134 du Code civil. Il ne faut pas pour autant s'y accrocher au point de perdre de vue les cas de réfaction de l'obligation, car cela a pour effet de **fausser la cohérence générale du droit, notamment en matière de date de naissance de la créance**. Le caractère réfactable de l'obligation étant mieux perçu, il implique de prendre conscience du caractère contingent de l'obligation.

2/ L'inaperçue contingence de l'obligation

221. Puisque l'obligation peut subir des modifications, en particulier être revue à la baisse, c'est qu'elle présente un **aspect contingent**. Il y va en vérité ici de sa **nature**, de son **essence**. **L'exécution pleine et entière de l'obligation n'est jamais certaine tant qu'elle n'est pas accomplie**. D'où l'on voit qu'il n'est pas possible de confondre la certitude de l'exécution avec l'existence de la créance, car cela revient à confondre la naissance de la créance avec son extinction, confondre naissance et mort. Prendre conscience du caractère contingent de la créance ne peut se faire qu'en touchant du doigt l'intérêt de la question, les enjeux sous-jacents (a). Le caractère inaperçu de la contingence de l'obligation, tout particulièrement quant à notre cas de réfaction automatique du contrat, s'explique par sa présentation classique qui induit le lecteur en erreur, les exceptions opposables, plus spécifiquement l'exception d'inexécution (b).

¹ Com. 21 nov. 2000, n°97-16874, P, D. 2001, V. AVENA-ROBARDER, D. aff. 2003, 343, D. MARTIN, JCP E 2001, p. 1332, J. STOUFFLET, Def. 2001, art. 37358, p. 635, M. BILLIAU, RTD civ. 2001, 933, P. CROCQ, RTD com. 2001, 203, M. CABRILLAC, RD bancaire et fin. 2001, p. 289, A. CERLES.

² Civ. 1, 4 nov. 2010 n°08-17898, P.

222. La contingence due au caractère réfactable de l'obligation participe de sa nature, de son essence. Cela implique qu'elle s'impose à tout titulaire de celle-ci, quelle que soit la date à laquelle il en a acquis la propriété. La réduction s'imposera donc au cessionnaire de la créance ou au créancier saisissant, alors même que les causes de sa réduction ne sont intervenues qu'après le transfert de propriété. La créance n'est pas figée, elle présente une certaine flexibilité, une certaine variabilité et c'est ainsi qu'elle est transmise, avec cette variabilité par essence.

223. Ainsi, en cas de saisie d'une créance à exécution successive de 10.000 € par mois pour paiement d'une créance de 50.000 €, le transfert s'opère immédiatement à hauteur de 50000 €, mais se trouve toujours subordonné à la poursuite effective du contrat durant 5 mois, à défaut de quoi la créance saisie se trouve de facto diminuée à la quote-part exécutée du contrat et le saisissant ne peut réclamer davantage au débiteur. Dans un arrêt de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 22 novembre 2001¹, une transaction réduisant le montant du prix de fabrication d'un bateau des suites de vices de fabrication a ainsi pu valablement être opposée par l'acquéreur débiteur du prix au créancier saisissant qui avait pourtant pratiqué sa saisie avant la livraison du bateau et donc avant la découverte des vices. Les juges avaient pris soin de vérifier qu'il n'existait aucune collusion frauduleuse aux droits du tiers saisissant et que la transaction se justifiait à la vue des malfaçons et du retard de livraison.

De même, en cas de paiement immédiat d'une année de loyers, l'action en répétition de l'indu est irrecevable car la créance payée existait bien. Mais si le contrat vient à cesser, par exemple en cas de destruction par incendie de la chose louée, alors contrat et créance se trouvent automatiquement réduits à hauteur de la durée de jouissance octroyée avant l'incendie et le surplus se trouve rétroactivement requalifié en paiement indu à compter du jour de la cessation du contrat, à compter de l'événement ayant réduit et figé la potentialité de la créance. Telle était l'hypothèse d'un arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 23 janvier 1976² où l'objet d'un contrat d'entreprise avait été détruit avant que le client n'en ait pris livraison. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir ordonné la restitution des acomptes, des paiements versés avant exécution de la prestation. Pourtant, aucune action en répétition de l'indu n'aurait été concevable avant la destruction de la chose et l'inexécution avérée du contrat qui s'en est suivie. C'est qu'auparavant la créance de prix payée avait bien existé. Finalement tout paiement effectué avant l'exécution est un paiement sous la condition résolutoire que la créance qu'il est censé avoir éteinte existait bien, qu'elle ne soit pas effacée totalement ou partiellement de l'ordonnancement juridique par le mécanisme de la résolution totale ou partielle, sinon, il y a requalification rétroactive du paiement en paiement indu.

¹ Civ. 2, 22 nov. 2001, n°99-14900, P, *Dr. et procéd.* 2002, p. 172, E. PUTMAN, transaction intercalée entre une saisie conservatoire et une saisie-attribution. Mais la solution aurait d'après nous été la même si la transaction était intervenue après la saisie-attribution car la créance cédée, de par sa nature même d'obligation, n'était pas totalement immuable.

² Civ. 3, 27 janv. 1976, n°74-13105, P, *JCP G* 1976 IV p. 98 : « ... constate... au jour de l'incendie la réception des travaux par le maître ... n'avait pas eu lieu ... pas été mis en demeure de procéder à la réception... la perte était pour l'entrepreneur en application de l'article 1788... qu'en conséquence celui-ci ne pouvait prétendre au paiement du coût des travaux qu'il n'était pas en mesure de livrer... justement déduit que les acomptes versés par le maître en paiement de ces travaux, alors même que leur inexécution ne serait pas fautive devaient lui être restitués ». Voir également civ. 3, 15 nov. 1995 n°94-12100, P, pour la restitution d'acomptes des suites de la destruction d'un garage.

La modification de la créance s'impose également aux créanciers opposants qui invoquent leur droit dessus, quand bien même cette modification ne surviendrait qu'après l'opposition. Ainsi en va-t-il en cas de modification de la créance du prix de cession d'un fonds de commerce après que les créanciers du propriétaire aient fait opposition dessus¹.

Ce mécanisme de modification rétrospective de la créance se retrouve très nettement en matière de cession de créance à titre de garantie. Ce n'est alors pas le montant de la créance qui se trouve rétrospectivement modifié par réfaction comme si la créance n'avait jamais été plus élevée, mais la portion de créance cédée à titre garantie qui se trouve rétrospectivement modifiée. L'idée est cependant la même, tout se passe comme si le transfert de propriété avait été cantonné au montant finalement arrêté alors que, ab initio, la cession avait opérée pour le tout. Remarquons au passage que cette jurisprudence implique que la cession ne puisse qu'être que partielle et donc fait application de la divisibilité de l'obligation de somme d'argent. Au départ, la créance est cédée pour son montant total, mais, une fois la créance garantie par la cession définitivement chiffrée, le transfert de propriété s'y trouve cantonné rétrospectivement. Ainsi, dans un arrêt du 9 février 2010², la cession de créance à titre de garantie avait bien été notifiée pour le montant total de la créance, soit 300.000 €, avant l'ouverture de la procédure collective du cédant, mais la banque n'avait déclaré sa créance, objet de la garantie que pour 200.000 €, montant réduit par jugement à 70.000 €. Les juges du fond condamnent malgré tout le débiteur à verser à la banque l'intégralité du montant de la créance soit 300.000 €, à charge pour la banque de restituer la différence, soit 230.000 €. L'arrêt est cassé au visa de l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier, car « *la cession de créance effectuée à titre de garantie prend fin sans formalité particulière pour les sommes excédant la créance qui reste due à la banque cessionnaire par le cédant, laquelle s'élevait en l'espèce à* » environ 70000 €. La notification de la cession n'a pas suffi à rendre immuable le montant de la cession qui s'est trouvé malgré tout cantonné au montant de la créance garantie, aussitôt que celui-ci s'est trouvé définitivement fixé. Nous pourrions dire que le montant de la créance garantie, qui indique l'ampleur de ce qui est nécessaire au bon fonctionnement de l'institution, est inhérent à cette dernière, au mécanisme de transfert de propriété à titre de garantie, ce pourquoi celui-ci se trouve automatiquement cantonné par celui-là. Il en va de même pour la créance dont toute réfaction s'impose à son titulaire, quand bien même il ne s'agirait pas du créancier initial, quand bien même celui-ci n'en serait titulaire qu'à titre d'ayant cause.

¹ Com. 9 févr. 2010 n°09-10119, P, l'anéantissement de la vente ou la réduction du prix pour quelque raison que ce soit s'impose au créancier opposant.

² Com. 9 févr. 2010 n°09-10119, F-P+B, *JCP G* 2011, p. 215, n°112 A. AYNÈS, *D.* 2010, 578, X. DELPECH, *RTD civ.* 2010, 360, P. CROCQ, *RTD com.* 2010, 771, D. LEGEAIS, *Banque et droit* 2010, n°130, p. 66, F. JACOB, *Banque et droit* 2010, n°131, p. 20, T. BONNEAU, *Dr. et patr.* 2011 n°205, p. 110, L. AYNÈS, *GP* 2 et 3 juill. 2010, p. 35, R. BONHOMME, *RD bancaire et fin.* 2010 n°3, p. 48, obs. A. CERLES, *RLDC* 2010, 70, n°3777, J.-J. ANSAULT. Pour Augustin Aynès (*JCP G* 2011, n°112), la solution ne peut valoir que lorsque le montant de la dette garantie est définitivement arrêté, sinon il y aurait risque que son augmentation ne soit pas couverte, risque de va-et-vient de la créance servant de garantie ou plutôt de portions de cette créance selon les variations de la dette garantie. Effectivement, dans un arrêt de la même chambre du 22 novembre 2005, le retour dans le patrimoine du cédant n'avait pas été admis, sans doute parce que le montant de la dette n'était pas définitivement arrêté puisque la cession garantissait toute somme pouvant être due à la banque (com. 22 nov. 2005, n°03-15669, P, *D.* 2005, 3081, X. DELPECH, *D.* 2006, P. CROCQ, *D.* 2007, 760, D. MARTIN, *Def.* 2006, art. 760, E. SAVAUX, *RTD com.* 2006, 169, D. LEGEAIS, *JCP G* I 139, M. CABRILLAC). Voir également com. 3 nov. 2010 n°09-69870, P, où l'action du sous-traitant contre l'entrepreneur principal doit être admise malgré la cession à titre de garantie de sa créance contre ce dernier car la banque cessionnaire n'avait déclaré que 85% du montant de la créance cédée à l'ouverture de la procédure collective de l'entrepreneur principal, d'où il résultait qu'elle avait implicitement renoncé à la cession pour le surplus, les 15% restants, que se retrouvaient dès lors de nouveau dans le patrimoine du sous-traitant.

Tout ceci n'est au final que la simple expression de l'adage *nemo plus juris*¹ d'après lequel nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. La présentation classique sous forme d'exceptions opposables explique que l'application de cet adage, qui relève du bon sens, soit parfois perdue de vue.

b) Une perception troublée par sa présentation sous forme d'exception opposable

224. Le caractère contingent de l'obligation est classiquement présenté comme une exception du débiteur opposable à la demande d'exécution du titulaire de la créance. Une telle présentation dissocie la créance et l'exception ainsi opposée alors qu'en réalité elle ne fait qu'un avec elle, ce pour quoi l'on parle d'exception « *inhérente* » à la dette (nullité, inexécution, prescription,...). Il est classiquement expliqué que les exceptions inhérentes à la créance se transmettent avec elle². Mais cette idée de transmission pose problème en la matière. En effet, comment l'exception a-t-elle pu être transmise si elle n'existait pas avant le transfert de propriété de la créance et ne survient qu'après celui-ci ? En vérité, **les exceptions inhérentes à la dette ne sont pas transmises avec elle, elles sont la dette, l'expression de son caractère contingent.**

225. Cette présentation pourtant classique inhibe la nature contingente de l'obligation et contribue ainsi à masquer l'existence de cas de réfaction, dont la réfaction automatique pour inexécution avérée lorsque le client refuse la prestation et que sa participation était nécessaire à son exécution, laissant ainsi le champ libre aux partisans de la thèse contemporaine pour soutenir que la créance n'existait pas alors qu'elle avait en réalité été réduite pour inexécution avérée, pour exécution du contrat devenue impossible. Mais cette présentation sous forme d'exception peut engendrer d'autres inconvénients. Ainsi en va-t-il du problème de savoir si l'exception d'inexécution peut être opposable par le débiteur qui avait préalablement accepté la créance cédée.

Dans sa thèse sur l'exception d'inexécution, Catherine Malecki³ fait clairement ressortir que l'exception d'inexécution constitue en réalité une réduction proportionnelle des créances⁴, « *sanction générale d'un contrat synallagmatique* »⁵ où le juge s'attache à mesurer le degré d'inexécution afin d'opérer une réduction proportionnelle. Pourtant, si l'auteur prend acte de ce que l'exception d'inexécution est opposable au banquier cessionnaire quelle que soit la date de l'inexécution⁶, elle lui

¹ Adages du droit français n°259.

² J. FRANÇOIS, *Les obligations, Le Régime général*, traité Economica 2013, n°384.

³ C. MALECKI, *L'exception d'inexécution*, th. LGDJ 1999, spéc. n°77 s. Pour l'auteur, l'art. 1184 du Code civil constitue le siège de deux sanctions de l'inexécution, la résolution et la réfaction. Tout comme Thomas Genicon, l'auteur considère que la résolution partielle n'existe pas, qu'elle ne peut être que totale. L'auteur nous semble fonder ce mécanisme sur l'équité davantage que sur un équilibre économique. Pour une définition plus complète que l'auteur donne à l'exception d'inexécution, cf. n°143.

⁴ Ibid n°78 s.

⁵ Ibid n°92.

⁶ Com. 7 mars 2006 n°04-18230, inédit : l'exception d'inexécution et la compensation de créances connexes sont opposables, même en cas de notification, quelle que soit la date de survenance de l'inexécution ou d'apparition de la créance connexe.

applique une limite, l'acceptation du bordereau Dailly¹. L'on voit ici les limites de présenter ce qui relève de l'essence de la créance et devrait toujours être opposable par le débiteur qui ne doit rien d'autre, rien de plus que sa dette. Il n'y a en réalité qu'un seul moyen pour que le débiteur doive davantage que sa dette, pour qu'il doive payer le montant initial malgré la réduction de l'obligation pour inexécution partielle, c'est qu'il soit tenu en vertu d'une autre créance de montant égal au montant initial, autrement dit en vertu d'une lettre de change qui, conformément au droit cambiaire donne naissance à un engagement autonome distinct de la dette initiale.

Si un arrêt de la chambre commerciale du 7 mars 2006² avait pu laisser planer un doute par une interprétation a contrario, un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 11 avril 1991 rendu sur renvoi après cassation³ adopte une solution en ce sens mais s'avère critiquable dans sa motivation. Dans cette affaire, un producteur avait passé avec Antenne 2 un contrat de production de films d'animation, contrat à exécution échelonnée prévoyant des paiements successifs au fur et à mesure de la production des épisodes. La créance de prix de toutes les échéances postérieures est cédée avec acceptation de la cession par Antenne 2. Mais le producteur est liquidé avant d'avoir pu achever la production. La banque demande malgré tout le paiement intégral de la créance de prix qui lui avait été cédée. Les premiers juges du fond font droit à sa demande au motif que l'existence de la créance cédée n'était pas subordonnée à l'achèvement de l'ouvrage. L'arrêt est cassé pour dénaturation des conventions de production et de cession de créance au motif que « *l'existence des créances cédées était subordonnée à la réalisation successive des prestations prévues par le contrat* ». La cour d'appel de Versailles déboute la banque aux motifs, d'une part que l'acceptation « *était seulement un engagement de paiement direct qui n'avait pas pour effet de transformer la nature de la créance* » et d'autre part que « *à partir de la naissance de la créance qu'eût seulement fonctionné le jeu de l'inopposabilité des exceptions* ». La Cour d'appel fonde sa décision sur une naissance successive des créances et non pas sur l'opposabilité des exceptions. Pour elle, les échéances postérieures n'étaient pas encore nées, ce pour quoi il ne saurait être question d'exception d'inexécution. Pour la cour, il y avait cession de créances conditionnelles qui ne devaient prendre naissance qu'avec l'exécution de la prestation, la production des films ou peut-être avec la survenance des échéances prévues au contrat. Si la solution doit être approuvée, la motivation n'emporte évidemment pas notre conviction puisqu'elle adopte la thèse contemporaine d'une naissance d'une pluralité de créances au stade de l'exécution du contrat. Ce n'est pas parce qu'il n'y a pas eu exécution, production des films, que les créances n'existaient pas. Elles existaient au moment de la cession mais incorporaient la contingence d'une bonne exécution de la prestation. Celle-ci étant devenue impossible du fait de la liquidation du producteur, il en a nécessairement résulté la mise en œuvre de l'article 1184 du Code civil, la résolution automatique du contrat avec, soit un anéantissement total et la disparition totale de

¹ C. MALECKI, th. op. cit. n°234 : l'auteur affirme que l'acceptation fait obstacle à l'exception d'inexécution car elle emporterait les mêmes effets qu'une lettre de change conformément à l'art. 6 al. 2 de la loi Dailly n°81-1 du 2 janvier 1981. Mais l'alinéa cité n'est pas en ce sens, il précise simplement que l'acceptation empêche le débiteur d'opposer des exceptions tirées de ses rapports personnels avec le cédant, ce qui est bien différent pour ne pas dire l'opposé des exceptions inhérentes à la créance qui sont dès lors quant à elles toujours opposables malgré l'acceptation.

D'autres auteurs vont cependant en ce sens, considérant que l'acceptation doit avoir les mêmes effets qu'une lettre de change : M. Cabrillac et B. Teyssié, obs. sous CA Versailles, 11 avr. 1991, RTD com. 1991, 624.

² Com. 7 mars 2006, n°04-18230, inédit, où l'arrêt énonce que l'exception d'inexécution est opposable quelque soit la date de l'inexécution, même en cas de notification de la cession, mais il précise que la solution ne vaut qu'en cas de cession de créance non acceptée, ce qui tendrait à dire qu'elle ne vaut pas si la cession aurait été acceptée. Mais la remarque n'est qu'incidente, les juges n'ont pas réfléchi à titre principal à l'obstacle éventuel de l'acceptation.

³ Com. 14 nov. 1989 n°88-13720, inédit, D. 1990, Vasseur : pour l'auteur il y a acceptation conditionnelle plus souple qu'en matière de lettre de change où l'acceptation ne peut qu'être pure et simple.

la créance de prix, soit une réduction de celle-ci si les épisodes déjà produits peuvent présenter malgré tout une utilité pour la chaîne, auquel cas la banque se trouvera titulaire de la créance ainsi réduite, nonobstant dans tous les cas l'acceptation de la cession par Antenne 2 qui l'empêche simplement d'opposer les exceptions qui lui sont personnelles, mais qui ne sauraient empêcher la survenance des aléas de l'existence de la créance, sa réduction ou sa disparition.

226. Pour conclure sur l'inutilité des thèses d'une naissance successive dans l'explication de la jurisprudence refusant de prononcer l'exécution forcée du prix avec exécution de la contreprestation, cette jurisprudence s'explique en réalité par la réfaction *a posteriori* de la créance de prix et non pas par son absence de naissance pour le tout *a priori* au jour du contrat. **Il n'y a pas absence de naissance *a priori* de la créance, mais réduction *a posteriori* de celle-ci.** Cette réduction provient du fait que **l'exécution du contrat**, incarnée dans la prestation caractéristique, **est devenue impossible**. Mais cette impossibilité peut être subjective. Il ne s'agit pas seulement d'un cas de force majeure. Il peut s'agir du **refus du client de recevoir la prestation lorsque son concours est nécessaire à l'exécution**. Cette situation constitue un cas d'exécution devenue impossible du contrat pouvant emportant sa réfaction et par conséquent celle des obligations qui en étaient issues.

Il est flagrant à cet égard de constater que l'arrêt du 22 octobre 1996 qui refuse le paiement forcé du prix de voyages commandés mais refusés¹ est fondé sur l'article 1184 du Code civil, siège de la condition résolutoire toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques. Or, la condition résolutoire figure bien parmi les causes d'extinction de l'obligation dont dispose l'article 1234 du Code civil. C'est dire que, prétendre qu'il y ait absence de naissance de la créance après que soit survenue l'une de ses causes d'extinction, c'est bien confondre la naissance et la mort de la créance, tenter de faire croire qu'elle n'est pas encore née alors qu'elle est en réalité déjà morte.

Les cas de réfaction de l'obligation que nous avons rencontrés supposent que le contrat puisse faire l'objet d'une résolution seulement partielle, qu'il soit divisible, à défaut de quoi il ne pourrait y avoir révision du contrat et réduction des obligations et seul son anéantissement total pourrait être prononcé. Les arrêts que nous avons abordés et étudiés constituaient des cas de résolution partielle du contrat.

Corinne Rigalle-Dumetz², ne va pas dans notre sens. À l'instar de Thomas Genicon³, l'auteur renie l'existence d'une résolution partielle du contrat, mais, contrairement à lui, elle n'y voit pas la manifestation d'une sanction autonome de l'inexécution, la révision pour inexécution. Pour Madame Rigalle-Dumetz, il n'y a pas réfaction, révision ou réduction, mais bien absence de naissance, naissance successive des créances issues d'un contrat à exécution successive. Cependant, Pascal Ancel⁴ et Thomas Genicon⁵ ne manquent pas de soulever un paradoxe dans la thèse de Madame Rigalle-Dumetz. Puisque l'auteur soutient que la résolution ne touche que les obligations et non pas

¹ Cf. supra n° 185

² C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, th. Dalloz 2003, p. 66, n°113. L'auteur renie la résolution par réduction puis la résolution par amputation, seule la première nous intéressant ici.

³ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. LGDJ 2007, n°800 et s.

⁴ *RTD civ.* 2004, n°4, p. 180 et s., spéc. p. 182 : « la démonstration se retourne un peu contre elle ».

⁵ Th. op. cit.

la norme contractuelle, la justification de la résolution partielle aurait été toute trouvée : le contrat subsiste, les obligations sont atteintes par la résolution et sont donc simplement tronquées lorsque leurs effets passés ne sont pas remis en cause. Il n'en va pourtant pas ainsi dans la thèse de Madame Rigalle-Dumetz, puisque l'auteur soutient également l'inexistence de la résolution partielle¹. Surtout, il faut bien remarquer le sens de la démonstration. Dans la thèse de Madame Rigalle-Dumetz, ce n'est pas la résolution (partielle) qui sert la démonstration sur la date de naissance de la créance, mais l'inverse, la date de naissance de la créance, prétendument successive, qui s'insère dans l'ensemble de la thèse sur la résolution partielle du contrat. La résolution partielle n'est donc pas l'un des arguments invoqués par l'auteur au soutien de la thèse d'une naissance successive des créances et la démonstration que nous tentons pour contredire les thèses contemporaines d'une naissance successive des créances implique de facto une contradiction à l'égard de la thèse de Madame Rigalle-Dumetz.

227. Prenant de la hauteur, il était nécessaire de mettre en évidence le contexte favorable ayant permis à cette illusion d'absence de naissance de la créance de prendre forme et de persister. Ces raisons plus profondes confortent le caractère illusoire de l'absence de naissance de la créance. Elles expliquent au demeurant pourquoi la controverse en matière de date de naissance de la créance de prix était devenue à ce point inextricable, car elle se trouvait solidifiée par un enchevêtrement de facteurs perturbateurs qu'il importe de tous mettre en évidence pour démêler un à un les fils de la controverse et clarifier ainsi la date de naissance de la créance en droit français. Ce contexte favorable, qui consiste pour l'essentiel à **trop s'agripper aux principes d'intangibilité du contrat et d'indivisibilité de l'obligation**, a masqué un point crucial, le **caractère nécessairement contingent de l'obligation**, de son objet. C'est là un **élément primordial qui relève de l'ontologie de la créance** et dont il faut prendre conscience et s'armer pour aborder toute problématique liée à la date de naissance de la créance. **Ce caractère sera tout particulièrement utile lorsqu'il conviendra d'aborder le cas des créances issues d'un contrat à durée indéterminée** au chapitre suivant. Il était néanmoins approprié de le mettre en exergue dès à présent, à l'occasion de la réfutation des obligations cachée derrière l'illusion de leur absence de naissance.

228. L'explication nouvelle de la jurisprudence refusant l'exécution forcée du paiement du prix et des arrêts qui peuvent y être assimilés réfute l'absence de naissance pour le tout de la créance de prix au jour du contrat. Les thèses contemporaines d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat ne sont donc en réalité pas utiles pour expliquer la jurisprudence qui refuse le paiement forcé du prix. Elles sont au contraire inutiles en la matière puisque leur invocation n'était en réalité ici que pure illusion. Le même phénomène se retrouve en matière de cession de contrat où la naissance successive de la créance de prix n'est pas utile pour expliquer le mécanisme de l'institution qui repose en réalité sur une cession partielle des obligations antérieurement nées pour le tout au jour du contrat.

¹ Cette position de Corinne Rigalle-Dumetz s'explique sans doute par l'adoption d'une distinction entre les concepts d'obligation et de créance que tentent de dégager Messieurs Ghestin, Biliau et Loiseau dans leur traité sur le régime des créances et des dettes (J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, traité LGDJ 2005).

§ 2 : Interprétation renouvelée de la cession de contrat

229. Dans sa thèse sur la cession de contrat, Laurent Aynès utilise comme pilier la naissance successive des créances du contrat cédé. Ainsi, le cessionnaire n'est créancier et débiteur que des créances et des dettes nées après la cession directement sur sa tête, tandis que le cédant ne l'est que de celles nées avant la cession¹. C'est le rapport contractuel qui se trouve cédé à l'exclusion de tout rapport d'obligations. La cession de contrat n'est pas une cession de créance et de dette, elle n'est qu'un transfert du rapport contractuel. Et l'auteur utilise comme prémisse l'incessibilité des dettes pour expliquer qu'il ne pourrait de toutes les façons pas en aller autrement. Quoi qu'on en dise, la thèse de Laurent Aynès fait autorité en matière de cession de contrat. Or, elle se base sur une naissance successive des créances issues du contrat synallagmatique à exécution successive, une naissance reportée après le stade de la formation du contrat au stade de son exécution.

Messieurs Ghestin, Billiau et Loiseau ne s'accordent pas avec Monsieur Aynès sur la cession conventionnelle de contrat. Mais ils expliquent également les cas de cessions légales de contrats sur une naissance successive des créances qui en sont issues².

230. Certes, la naissance successive des créances constitue une prémisse séduisante pour expliquer le mécanisme de la cession de contrat, notamment pourquoi le cessionnaire se retrouve tenu des obligations prévues au contrat. Cependant, il importe de souligner que **la cession de contrat fait l'objet de nombreuses controverses** sur bien des points qui ne sont pas sans lien avec la date de naissance de la créance. Il s'ensuit qu'il apparaît pour nous **exclu de prouver quoi que ce soit quant à la date de naissance de la créance à travers le prisme de la cession de contrat**. Quelques un de ces points de controverses peuvent être d'emblée exposés.

Avant toute chose, les auteurs ne s'accordent même pas sur l'existence de l'institution elle-même. A l'inverse de Monsieur Aynès, Messieurs Ghestin Billiau et Loiseau considèrent que la cession conventionnelle de contrat n'existe pas. Pour eux, le fait que le cédant soit tenu s'il n'est pas expressément libéré par le créancier se trouve être incompatible avec toute idée de transfert et la cession conventionnelle de contrat constitue en réalité une délégation imparfaite. La position de Mme Fabre-Magnan et de Messieurs Terré, Simler et Lequette³ nous semble davantage appropriée. Il ne peut qu'être constaté que la cession de contrat existe, constat qui implique nécessairement qu'elle soit possible⁴. L'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et le Projet Terré de réforme du droit des contrats proposent d'ailleurs tous les deux des textes qui entérinent l'institution et précisent son régime.

Mais cette controverse sur l'existence de la cession conventionnelle de contrat relève peut-être davantage d'une bataille terminologique de forme que de fond. Certains auteurs s'attachent au sens strict de l'expression « cession de contrat » qui suppose le transfert d'un bien. D'autres utilisent l'expression de façon métaphorique. Pour cette raison, il a pu être proposé de nommer l'institution

¹ L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. 1984, Economica, tout spéc. n°188 s.

² J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *Les obligations. Les effets du contrat*, traité LGDJ, 3^{ème} éd. 2001, n°1079. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, traité LGDJ 2005, n°283 et 371 s.

³ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1212.

⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t.1, Contrat et engagement unilatéral*, Puf 3^{ème} éd. 2012, n°181 p. 482.

« *substitution de cocontractant* »¹. Mais il a également été proposé par Emmanuel Jeuland d'opérer une distinction entre substitution et cession de contrat². Dans l'avant-projet Catala, il est question de la « *cession de la qualité de partie au contrat* » à l'article 1165-4 projeté.

Après l'existence elle-même, les auteurs ne s'accordent pas sur les modalités de mise en œuvre de l'institution. Position marginale, Laurent Aynès estime dans sa thèse que l'accord du cocontractant cédé n'est pas nécessaire, sa simple information suffit dès lors qu'il demeure garant³. Messieurs Terré, Simler et Lequette⁴, ainsi que Messieurs Flour et Aubert⁵ considèrent quant à eux qu'il peut y avoir un véritable transfert du contrat, mais que l'accord du cocontractant cédé est indispensable. Au contraire, pour Messieurs Gestin, Billiau et Loiseau, mais également pour Messieurs Mazeaud et Chabas⁶, l'exigence d'accord du cocontractant cédé exclut toute idée de transfert et montre qu'il s'agit en réalité d'une délégation imparfaite⁷. Pour ces auteurs, la cession conventionnelle de contrat nécessite l'accord du cocontractant cédé. Mais, en l'attente d'une consécration légale, elle prend l'habit d'une délégation imparfaite. Pour clore ce florilège, relevons l'intéressante et récente thèse de Grégory Audebrand sur l'incessibilité du contrat. L'auteur entend y démontrer que le contrat est en principe incessible et que les exceptions légales ne constituent que des fictions juridiques⁸. La boucle est en quelque sorte bouclée car cette thèse se situe aux antipodes de celle de Laurent Aynès.

231. Nous avons déjà démontré à la précédente section que les créances ne naissent pas successivement au stade de l'exécution du contrat mais instantanément et pour le tout au stade de sa formation, à tout le moins dans les contrats à durée déterminée.

Mais la naissance successive des créances constitue une explication esthétique et didactique à la cession de contrat. Pour cette raison, la cession de contrat contribue à renforcer l'idée d'une naissance successive des créances. Il serait donc parfaitement insuffisant de se contenter de démontrer que les créances ne naissent pas successivement tout en ignorant l'institution de la cession de contrat. Il convient au contraire d'entrer davantage en profondeur dans l'institution afin d'examiner si elle conforte réellement une naissance successive des créances et, si tel n'est pas le cas, d'expliquer son fonctionnement en s'affranchissant de la naissance successive des créances.

Nous aurons l'occasion de revenir en seconde partie sur l'institution de la cession de contrat car le concept de créance économique qui y sera proposé n'est pas étranger au fonctionnement de l'institution. Afin d'éviter les redondances, les développements se cantonneront dans l'immédiat à

¹ J. GHESTIN, traité op. cit. *Les effets du contrat*, n°1050.

² E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, th. LGDJ 1999, n°122. La substitution ne joue pas pour l'auteur sur le terrain des contrats à exécution successive, mais plutôt sur celui des promesses unilatérales. Le domaine serait donc différent, mais le régime le serait également. Il n'y a pas besoin de l'accord de l'insubstitué dans la substitution. Il reste dormant et peut revenir au premier plan par exemple en levant une option lorsque l'insubstitué ne le fait pas. Il n'y a donc pas transfert de position. Quoi qu'il en soit le domaine de contrats exploré par l'auteur ne nous intéresse pas ici puisque c'est sur le terrain des contrats à exécution successive que la controverse en matière de date de naissance de la créance fait rage.

³ AYNÈS Laurent, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th., Economica, 1984, n°225 s.

⁴ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd. 2013, n°1308 s.

⁵ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, t. 1, l'acte juridique*, 15^{ème} éd., Sirey 2012, n°395.

⁶ H., J. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, n°1281.

⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, traité LGDJ 2005, n°283 et 371 s. : « *Elle engendre la création d'un nouveau contrat exclusif de tout effet translatif* ». Et les auteurs citent un arrêt de 1946 qui exige effectivement l'accord de cocontractant cédé, mais au visa de l'article 1275 du Code civil, siège de la délégation novatoire.

⁸ G. AUDEBRAND, *De l'incessibilité du contrat*, th. 2002.

montrer que la naissance successive des créances n'est pas nécessaire au fonctionnement de la cession de contrat, voire même davantage qu'elle ne peut en réalité pas servir à expliquer les mécanismes de cette institution. Pour des développements plus approfondis sur notre vision des mécanismes qui animent la cession de contrat, il sera donc renvoyé à la seconde partie¹.

La question de la date de naissance de la créance vue à travers l'institution de la cession de contrat doit être abordée sous deux angles permettant démontrer qu'en réalité cette institution ne peut être invoquée au soutien d'une naissance successive des créances, une naissance au stade de l'exécution du contrat. Il importe en premier lieu de mettre en évidence l'insuffisance des arguments invoqués au soutien de cette naissance successive des créances dans le cadre de la cession de contrat (A). Cela permet de faire apparaître la réalité des choses. La naissance successive des créances dans la cession de contrat ne se justifie que facticement par le seul principe erroné d'incessibilité des dettes (B). Ce principe n'ayant en réalité pas lieu d'être, les créances n'ont pas de raison de naître successivement, même à travers le prisme de la cession de contrat.

A. L'argumentation déficiente au soutien d'une naissance successive des créances

232. Laurent Aynès entend démontrer la naissance successive des créances à l'occasion de sa thèse sur la cession de contrat. Les auteurs l'ayant suivi quant à la naissance successive des créances dans le cadre de la cession de contrat renvoient essentiellement à l'autorité doctrinale de cet auteur. Or les arguments développés par l'auteur apparaissent insuffisants, tant ceux de droit positif (1) que ceux de pure réflexion théorique (2).

1/ L'insuffisance des arguments de droit positif

233. La jurisprudence citée comporte des arrêts non significatifs d'une naissance successive, voire en sens contraire (a). La seule jurisprudence qui pourrait finalement être retenue à l'appui d'une naissance successive des créances réside dans celle du transfert du bail commercial dont le statut légal particulier en atténue néanmoins grandement la portée quant à la date de naissance de la créance (b).

a) La jurisprudence obsolète ou en sens contraire

234. Laurent Aynès fait usage de la jurisprudence rendue en matière de cautionnement². La thèse de Christian Mouly réceptionnée par la jurisprudence y distingue les obligations de couverture des

¹ Cf. infra n°912 et s.

² Pour un exposé plus détaillé et développé, cf. infra n°366.

obligations de règlement, la caution n'étant définitivement tenue qu'à la naissance de l'obligation de règlement. Or, celle-ci ne naît qu'avec la survenance de l'obligation principale couverte. Il s'ensuit qu'en théorie, si la caution demeure tenue après le changement d'un protagoniste au rapport de cautionnement, après extinction de son obligation de couverture, c'est que la créance couverte était née avant ce changement.

235. L'auteur cite un arrêt du 26 octobre 1999 de la chambre commerciale de la cour de cassation où la caution était déchargée des échéances postérieures à la cession de l'immeuble sur lequel un bail avait été octroyé, les loyers étant couverts par le cautionnement¹. L'absence de couverture des loyers postérieure impliquait leur naissance postérieure. Mais cette jurisprudence est aujourd'hui dépassée. La solution a depuis changé avec un arrêt d'Assemblée plénière du 6 décembre 2004². Dans cet arrêt, la créance à l'égard de la caution est transmise comme accessoire de la créance de loyers transférée à l'acquéreur de l'immeuble. À solution contraire, inférence contraire. Il doit en être induit aujourd'hui une naissance instantanée au jour du contrat de la créance de tous les termes de loyers du contrat de bail. Pléthore d'autres arrêts rendus en matière de cautionnement montrent clairement que les créances naissent pour le tout au jour du contrat dans les contrats en durée déterminée³.

236. Monsieur Aynès cite également un arrêt qui apparaît totalement étranger à la cession de contrat. Dans une espèce du 16 juillet 1986, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation avait eu à faire le départ entre les associés successifs d'une société civile⁴. Les sommes demandées concernaient le prix de marchés de constructions immobilières ainsi que des dettes de responsabilité. Les associés sont indéfiniment responsables des dettes sociales conformément à l'article 1863 du Code civil. Avant 1978, la répartition de cette responsabilité indéfinie entre associés successifs se faisait logiquement en fonction de la date de naissance de la créance⁵.

Il n'y avait toutefois pas en l'espèce cession de contrat entre les associés successifs de la société civile, encore moins cession des contrats passés par cette dernière qui conserve une personnalité juridique autonome et distincte des associés qui la composent.

Au surplus, quand bien même il y aurait eu cession de contrat, la solution adoptée par l'arrêt irait à l'encontre d'une naissance successive des créances que cherche à démontrer Monsieur Aynès. En effet, seuls les associés antérieurs à la cession de parts sociale étaient tenus, ce qui impliquerait que les créances étaient nées avant la cession de titres, au jour du contrat, et non pas après au stade de son exécution.

¹ Com. 26 oct. 1999, n°97-15794, P, D. 2000, 155, C. LARROUMET, *JCP E* II 416, O. GOUT, *JCP G* 2000 II 10320, J. CASEY, *LPA* 3 avr. 2000, p. 17, M. KÉITA, *RD bancaire et fin.* 2000, p. 16, D. LEGEAIS, *RTD civ.* 2000, 679, R. LIBCHABER, *D.* 2000, 224, L. AYNÈS, *Def.* 2000, art. 37151, p. 480, S. PIEDELIÈVRE.

² AP, 6 déc. 2004, n°03-10713, P, *JCP G* 2005 II 10010, S. PIEDELIÈVRE, *JCP G* 2005 I 135, P. SIMLER, *D.* 2005, 227, L. AYNÈS, *Def.* 2005, art. 38142, p. 64, E. SAVAUX, *RTD com.* 2005, 51, J. MONÉGER, *LPA* 2005, n°61, p. 7, D. HOUTCIEFF, *RD bancaire et fin.* 2005 n°37, p. 17, D. LEGEAIS, *Rev. loyers* 2005, n°583, p. 4, L. AYNÈS.

³ Cf. infra n°367.

⁴ Civ. 1, 16 juill. 1986, n°84-16631, P.

⁵ La loi est depuis passée au critère plus pragmatique de l'exigibilité de la créance (article 1863 du Code civil).

b) La jurisprudence spécifique sur la cession du bail commercial

237. En matière de transfert du bail commercial, depuis un arrêt de principe de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 1988, le cédant n'est en principe plus tenu des échéances postérieures à la cession, il ne l'est qu'en cas de clause du contrat de bail stipulant la garantie solidaire des preneurs successifs¹. La libération du cédant pour les échéances postérieures pourrait effectivement aller dans le sens d'une naissance successive des créances. Les échéances postérieures constitueraient des créances nées successivement et directement sur la tête du cessionnaire, ce pourquoi le cédant ne saurait être tenu à leur paiement, puisqu'elles ne sont jamais nées sur sa tête.

238. Il est toutefois bien connu que la loi et la jurisprudence facilitent au mieux la cession du fonds de commerce, y inclus du bail commercial qui en constitue un élément clé. Or, la libération du cédant pour les échéances postérieures à sa cession contribue à faciliter cette cession de l'activité économique. Il y va ici en quelque sorte d'un ordre public économique d'un intérêt supérieur aux intérêts individuels des parties. Il n'est donc pas si évident que cette jurisprudence implique nécessairement une naissance successive des créances. D'une part, le caractère spécifique de la matière et le statut des baux commerciaux pourrait expliquer une solution peu orthodoxe fondée sur la technique de la fiction juridique. D'autre part, l'ordre public économique qui justifie cette solution pourrait impliquer une libération du cédant quand bien même les échéances postérieures constitueraient une créance transmise au cessionnaire sans libération expresse du cédant par le créancier bailleur.

239. Pour conforter cette jurisprudence rendue sur le terrain du bail commercial, Laurent Aynès invoque également deux arrêts où la caution est dispensée de couvrir les échéances postérieures au bail commercial cédé. Ceci confirmerait en effet que les échéances postérieures n'étaient pas nées avant la cession car sinon la caution aurait dû les couvrir.

Cependant, ces arrêts cités en matière de cautionnement font aujourd'hui figure d'exception. Comme il sera vu au prochain chapitre, la plupart des arrêts rendus en la matière impliquent au contraire une naissance unique au jour du contrat de toutes les échéances postérieures, la caution restant tenue jusqu'à la survenance du terme du contrat lorsque celui-ci est à durée déterminée². Mais cette jurisprudence tend à faire penser qu'il en irait différemment en matière de cautionnement à durée indéterminée³, ce pourquoi elle ne sera abordée de façon plus approfondie qu'au chapitre suivant consacré à la date de naissance dans ces contrats à durée indéterminée⁴.

¹ Civ. 3, 12 juill. 1988, n°86-15759, P. Voir aussi les confirmations postérieures, civ. 3, 15 janv. 1992 n°90-11289 inédit, civ. 3, 12 avr. 1995, n°92-21541, P, civ. 3, 4 mars 1998, n°95-21560, P, *JCP G* 1998, IV p. 1895, civ. 3, 11 mai 1995, n°93-11410, P, com. 26 oct. 1999, n°97-14866, inédit. La garantie solidaire des preneurs successifs est aujourd'hui une clause de style du contrat de bail commercial. L'interdiction de cession sans accord du bailleur était devenue une clause de style, mais le Code de commerce est venu la paralyser à son article L. 125-16 lorsque la cession du bail est concomitante à la cession du fonds de commerce (J.-P. BLATTER, *Droit des baux commerciaux*, traité, 5^{ème} éd., Le Moniteur, 2012, n°196 s.).

² Cf. infra n°367.

³ Cf. infra n°370.

⁴ Cf. infra n°366 et s.

Les solutions rendues en droit du cautionnement contredisent donc celles rendues en matière de garantie du cédant dans le transfert du bail commercial sur le terrain de la date de naissance du contrat à durée déterminée, une naissance instantanée et pour le tout au jour du contrat pour la première, une naissance successive pour la seconde. Le seul moyen de les concilier, c'est, nous semble-t-il, de ne pas faire reposer la cession du rapport contractuel sur une naissance successive des créances, mais sur une cession simultanée des obligations nées du contrat, donc de faire sauter le verrou du principe d'incessibilité des dettes en droit français comme il sera vu.

240. Le droit positif invoqué par l'auteur au soutien d'une naissance successive des créances n'est donc pas très concluant. Rien de surprenant dans la mesure où nous avons déjà démontré que la thèse matérialiste comme la thèse périodique devaient être réfutées sur le terrain du droit commun, hors le cas du droit des entreprises en difficulté, à tout le moins en dehors du cas plus compliqué des contrats à durée indéterminée. Mais il n'est pas que les arguments de droit positif qui sont insuffisants, la réflexion théorique comporte également des failles.

2/ L'insuffisance de l'argumentation théorique

241. Un argument théorique exposé par l'auteur quant à la qualité de garant en vertu de laquelle le cédant demeurerait tenu des échéances postérieures n'apparaît en réalité pas significatif (a). Surtout, quittant l'examen superficiel de la thèse pour y pénétrer en profondeur, il apparaît que la réflexion théorique d'ensemble montre qu'en réalité les créances ne naissent pas successivement, mais qu'elles sont transmises au cessionnaire avec le contrat (b).

a) Caractère inopérant de la qualité en vertu de laquelle le cédant reste tenu

242. Contrairement au cas du bail commercial soulevé par l'auteur où le preneur cédant se trouve libéré pour l'avenir, le cédant se trouve généralement tenu des échéances postérieures à la cession du contrat, la jurisprudence expliquant parfois qu'il reste tenu en tant que garant. L'auteur infère de cette qualité de garant, de débiteur de second plan, la cession du contrat et surtout la naissance successive des créances et des dettes. Pour lui, le fait que le cédant ne soit tenu qu'en tant que garant implique nécessairement que les créances postérieures naissent directement sur la tête du cessionnaire après la cession, car alors le cessionnaire du contrat se retrouve débiteur de premier rang tandis que le cédant ne reste garant qu'au second plan.

243. L'argument n'est pas convaincant car il se produit la même chose en matière de délégation imparfaite. Dans les deux cas, un changement de plan s'opère, le débiteur originel devenant débiteur de second plan. Pourtant, avec la délégation imparfaite, non seulement il n'y a pas transfert, mais en plus il y a création d'un lien de droit nouveau. L'acceptation de la délégation par le délégataire implique qu'il accepte de s'adresser d'abord au délégué pour son paiement avant de poursuivre le

délégant, son débiteur originel. Le délégant reste néanmoins le débiteur principal puisque le lien de droit qui l'unit au délégataire n'a pas changé et qu'un nouveau s'est formé entre ce dernier et le délégué. Malgré tout, le délégataire ne pourra pas demander paiement directement au délégant. Il devra d'abord s'adresser au délégué. Cela résulte de la commune intention des parties inhérente à l'opération tripartite de délégation imparfaite. En donnant son accord à la constitution d'un nouveau débiteur, le délégataire s'engage à lui réclamer paiement en premier.

Il en va de même dans la cession de contrat. Le consentement du cocontractant cédé s'avère nécessaire pour la perfection de l'opération de cession de contrat. Par ce consentement, il accepte de poursuivre en premier lieu le cessionnaire et non pas le cédant pour le paiement des échéances à venir. Mais la libération du cédant nécessite quant à elle davantage. Elle ne peut s'opérer que par une libération expresse de la part du cocontractant cédé, excepté le cas particulier déjà abordé du transfert du bail commercial.

La qualité de garant en vertu de laquelle le cédant reste redevable ne s'explique donc pas nécessairement par la naissance successive de la créance, elle peut s'expliquer simplement par les suites inhérentes à l'opération de cession de contrat à laquelle le cocontractant créancier a donné son accord. Ces suites impliquent que la cédant ne soit poursuivi qu'en second, d'où sa position nouvelle de garant, ce quelle que soit la forme que prend la cession de contrat, une naissance successive de la dette, un transfert de celle-ci, ou encore la création d'un lien de droit nouveau qui disqualifierait la cession de contrat en délégation.

244. L'argument de la qualité du cédant au titre de laquelle il reste redevable de l'exécution postérieure n'est donc pas opérant en présence du consentement du cocontractant cédé. Il est vrai que pour Laurent Aynès ce consentement n'est pas nécessaire, la seule information suffit. Mais tel n'est pas l'état du droit positif en matière de cession conventionnelle. En outre, la position de Laurent Aynès est à cet égard marginale car aucun autre auteur n'adopte un tel raisonnement.

Sur le plan théorique, nous pouvons également soulever un problème de datation de la naissance de la créance qui nous intéresse au plus haut point ici.

b) Incohérence quant à la date de naissance des créances successives

245. De façon générale, il est possible de remarquer que les auteurs qui prônent une naissance successive de la créance sur le terrain de la cession de contrat sont particulièrement imprécis quant à la date de naissance des créances. Par exemple, chez Messieurs Terré, Simler et Lequette, l'hésitation avec l'exigibilité ressort, les auteurs écrivant qu'il « *paraît logique que les obligations nouvelles, exigibles ou nées postérieurement à la cession, incombent au seul cessionnaire* »¹. Il n'est pourtant ici pas question d'exigibilité, mais de naissance des créances. L'hésitation se comprend quand on cherche la date de naissance, car elle s'avère en réalité introuvable, si bien qu'on s'oriente instinctivement vers la date d'exigibilité, bien connue quant à elle.

¹ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°1312.

246. Il est vrai que les arrêts se réfèrent à l'échéance et donc à l'exigibilité, mais il ne s'agit que d'une approximation. Par exemple, si les créances naissaient à la date du terme échu, comment comprendre l'exécution antérieure du contrat ? Durant toute la période précédant la naissance des créances, le contrat est exécuté, par exemple, la jouissance des locaux est octroyée dans le cas du bail. Si la créance de jouissance ne naît qu'à la fin de la période, au terme échu, alors on ne peut expliquer l'exécution antérieure. Pire cette exécution ne peut pas être exigée. C'est l'impasse.

247. Si nous nous plaçons sur le terrain de la thèse périodique précédemment retenue comme potentielle¹, les créances renaissent chaque début de période représentée par le terme contractuel et sont payées en cours de période pour l'obligation en nature, éventuellement en fin de période pour l'obligation de prix si le paiement est stipulé à terme échu.

Mais alors que se passe-t-il si le transfert de contrat intervient en milieu de période ? Certes pour beaucoup de baux la période est mensuelle, si bien que la différence n'est pas énorme. Mais il pourrait s'agir du loyer commercial de tout un immeuble payable tous les semestres, auquel cas l'intervention de la cession en cours de période engendrerait un différentiel économique énorme. En effet, le cédant devrait payer toute la période de loyers, tandis que le cessionnaire n'y serait pas du tout tenu, bénéficiant ainsi de plusieurs mois d'occupation gratuite. À l'évidence, cette date de naissance n'est pas satisfaisante.

248. Avec la thèse matérialiste, le problème précédemment soulevé n'apparaît plus et l'on voit en cela le caractère particulièrement adapté d'une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation. Deux autres problèmes surgissent toutefois. Cette thèse élude la créance de prestation qui naît le plus souvent au jour du contrat et pour le tout. Mais alors comment le cessionnaire peut-il bénéficier du contrat si la créance de prestation naît pour le tout avant le transfert du contrat ? C'est qu'à l'évidence la cession de contrat a emporté le transfert de la créance de prestation pour le futur, pour le temps futur et non pas pour les périodes futures, car le transfert de contrat peut toujours intervenir en cours de période. Dans ce cas, on ne voit plus pourquoi la dette de loyers ne serait pas elle aussi transférée.

249. Enfin, si l'on envisage une renaissance continue de toutes les créances et dettes, de la créance de prix, mais aussi de la créance corrélatrice de prestation, cela s'avère incohérent pour la créance de prestation. Si nous prenons l'exemple du bail, la créance naît et meurt simultanément à chaque instant puisqu'à chaque instant elle naîtrait en droit et serait exécutée par la jouissance octroyée en fait. Cela nie l'existence abstraite du concept de créance. Or, nous avons clairement posé comme prémisses de toute démonstration sur le terrain de la date de naissance de la créance que toute proposition qui revient à nier l'existence même du concept de créance ne peut qu'être écartée.

¹ Cf. supra n°80 et s., il existe deux thèses périodiques, une moniste qui englobe tous les contrats à exécution successive et une dualiste qui distingue selon que le contrat à durée déterminée ou indéterminée.

Mais, si la créance de prestation ne naît pas directement sur la tête du cessionnaire, c'est qu'elle lui est transmise. Dès lors, il convient de s'interroger sur la dette de prix corrélative. Peut-être au final doit-elle être transférée pour le temps futur elle aussi, de façon corrélative. Peut-être ne naît-elle pas directement sur la tête du cessionnaire du contrat, mais que celui-ci en est redevable à titre d'ayant cause à titre particulier du contrat transféré. C'est aborder l'obstacle de l'incessibilité des dettes. Anticipant, il est déjà possible ici de remarquer que cet obstacle n'existe sans doute pas puisque la cession de contrat peut impliquer le transfert de la dette de prestation caractéristique. Par exemple, en cas de cession de l'immeuble donné à bail, la dette de jouissance se trouve transférée avec le contrat de bail attaché à l'immeuble.

B. Une naissance successive dépendante du principe d'incessibilité des dettes

250. Emmanuel Putman explique le phénomène de la cession de contrat par un raisonnement relevant de la fiction juridique en concédant que « *la stricte application du principe traditionnel est écartée pour les besoins de la cession de contrat* »¹, pour qu'elle soit « *viable* ».

Il nous apparaît quant à nous que l'institution de la cession de contrat n'implique pas une naissance successive des créances et qu'elle ne remet dès lors pas en cause le principe de naissance pour le tout au jour du contrat mis en évidence et défendu par Monsieur Putman. Certes, le cédant est bien tenu des dettes nées avant la cession et le cessionnaire l'est bien de celles nées après. Mais le cessionnaire pourrait également être tenu de dettes transférées à lui par le mécanisme de la cession de contrat. Il serait alors tenu, non pas en tant que débiteur originaire, mais en tant qu'ayant-cause de dettes à lui transmises par son auteur, le cédant du contrat. Seul le principe d'incessibilité des dettes invoqué par les auteurs partisans d'une naissance successive des créances fait obstacle à cette seconde vision du mécanisme de la cession de contrat quant à lui compatible avec une naissance instantanée pour le tout au jour du contrat.

À regarder l'ensemble de plus près, il apparaît que le raisonnement doit être inversé. La naissance successive des créances est apparue comme une présentation esthétique du mécanisme de la cession de contrat. À ce titre, elle méritait d'être défendue et soutenue. Pour ce faire, il a suffi aux auteurs partisans de cette approche de se cramponner au principe d'incessibilité des dettes. Utilisant ce dogme en guise de prémisse, la cession de contrat ne pouvait effectivement pas s'expliquer autrement que par une naissance successive des créances.

Nous aurons l'occasion de revenir en seconde partie de façon plus approfondie sur le mécanisme de la cession de contrat² et sur le principe dépassé d'incessibilité des dettes³. Pour cette raison, afin d'éviter toute redondance, l'argumentation sera ici limitée au strict nécessaire afin de mettre en évidence que l'institution de la cession de contrat peut s'expliquer sans une naissance successive des créances et des dettes et que par conséquent les thèses contemporaines d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat sont en réalité inutiles en matière de cession de contrat.

¹ E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. 1987, n°233 et 234.

² Cf. infra n°912 et s.

³ Cf. infra, spéc. n°941 et s.

Ainsi, la naissance successive des créances à travers le prisme de la cession de contrat ne repose que sur la prémisse d'une impossibilité de transférer les dettes (1). Celle-ci apparaît de toute évidence erronée, ce pourquoi la naissance successive des créances n'a plus de raison d'être soutenue dans le cadre de la cession de contrat (2).

1/ La naissance successive des créances reposant sur le principe d'incessibilité des dettes

251. Il est certain que le cédant reste seul tenu des obligations nées avant la cession et que le cessionnaire se trouve tenu des dettes nées après la cession directement sur sa tête. Mais le cessionnaire peut également se trouver tenu des dettes transférées sur sa tête une fois l'obstacle de l'incessibilité des dettes franchi. Le sens du lien logique unissant la cession de contrat à la date de naissance des créances se retrouve alors inversé : **la cession de contrat ne peut pas être utilisée pour éclairer la date de naissance de la créance, c'est la date de naissance de la créance qui peut mettre en lumière les mécanismes animant la cession de contrat.**

252. Par exemple, il est certain que la créance d'indemnité d'éviction pour refus de renouvellement du bail commercial naît au jour de ce refus et de la délivrance subséquente du congé¹. Cette indemnité est donc due par la personne qui refuse le renouvellement et délivre le congé. Dans l'hypothèse de la vente de l'immeuble donné à bail, le vendeur restera redevable de la dette d'indemnité si c'est lui qui a délivré le congé² et le cessionnaire n'en sera pas tenu solidairement³. L'acquéreur de l'immeuble ne sera tenu de l'indemnité d'éviction que s'il a lui-même délivré congé ou s'il s'est engagé dans le contrat de cession de l'immeuble à en supporter la charge alors que le congé avait été délivré par le cédant antérieurement à la cession⁴.

Il est moins évident de savoir ce qu'il en est réellement pour les obligations principales prévues au contrat de bail, la jouissance des lieux à laquelle le contrat s'identifie et le paiement corrélatif du loyer. En effet, si nous partions de l'hypothèse qu'elles étaient nées pour le tout au jour du contrat, alors elles seraient nécessairement transférées avec celui-ci, car elles incarnent ce contrat, en constituent l'essence, la substance, l'utilité et l'intérêt économique.

¹ Cf. infra n°458.

² Civ. 3, 5 mai 2004, n°00-22902, P, D. 2004, 1597, Y. ROUQUET, *AJDI* 2004, 883, M.-P. DUMONT, CA Paris 15 oct. 1999, *AJDI* 1999, 1161. Mais lorsque c'est le bail qui est cédé par le preneur, l'indemnité d'éviction se retrouve cédée de plein droit avec celui-ci car, du fait du statut des baux commerciaux, elle s'identifie avec la créance principale de jouissance des lieux incarnant le contrat et objet essentiel de la cession dans le cadre du transfert du bail commercial (cf. infra n°921).

³ Civ. 3, 11 janv. 2006, n°04-20142, D. 2007, 1827, L. ROZÈS, civ. 3, 30 mai 2001, *Rev. Loyers* 2001, 333, obs. C. QUÉMENT, D. 2001, 2516, Y. ROUQUET, civ. 3, 15 déc. 1999, n°98-13029 et 98-15988, P.

⁴ Les Hauts magistrats considèrent qu'il y a alors délégation imparfaite, civ. 3, 5 mars 2008, n°06-19237, *AJDI* 2008, 476, M.-P. DUMONT-LEFRAND.

2/ La remise en cause du principe d'incessibilité des dettes

253. La remise en cause du principe d'incessibilité des dettes n'est pas la consécration du principe de cessibilité des dettes. Dans la mesure où nous aborderons la cession de contrat et le principe d'incessibilité des dettes en seconde partie à l'occasion du concept nouveau de créance économique dont la consécration y sera proposée, les présents développements se cantonneront au strict minimum pour convaincre du caractère erroné du principe d'incessibilité des dettes. Il est donc renvoyé aux développements de seconde partie pour une analyse plus fouillée¹.

254. Pour écarter d'emblée le principe d'incessibilité des dettes, il apparaît très efficace de constater que la thèse même de Laurent Aynès comporte en arrière plan l'idée d'un transfert de dette incompatible avec celle soutenue par l'auteur au premier plan d'une naissance successive des créances. En effet, de deux choses l'une, soit les créances et les dettes naissent successivement, ce pourquoi le cessionnaire se retrouve tenu des créances et des dettes prétendument nées après la cession de contrat, soit il s'opère avec la cession de contrat un transfert des créances et des dettes préalablement nées pour le tout sur la dette du cédant. L'idée de transfert des créances et des dettes est donc incompatible avec celle d'une naissance successive des créances et des dettes.

Quittant la partie de la thèse de Monsieur Aynès qui traite spécifiquement de la naissance des créances, l'idée de transfert d'obligations inhérente à la cession de contrat apparaît, certes de façon sous-jacente, mais néanmoins de façon très marquée. L'auteur expose ainsi que « *le fondement de la transmission globale des droits et obligations nées du contrat se trouve alors précisé : c'est la relation causale entre les obligations et les droits* »². Non seulement l'idée de transmission est présente, mais l'idée de naissance des créances au jour du contrat l'est également. Certains intitulés sont révélateurs en la matière puisqu'il est question de « *transmission active de l'obligation principale* », de « *transmission imposée par la loi* », de « *transmissions volontaires* », de « *transmission passive de l'obligation principale* »³. Et l'auteur explique pour ce dernier que « *le transfert de cette obligation s'accompagne nécessairement du transfert de la créance de loyers...* ». Cela signifie nécessairement qu'il n'existerait qu'une seule créance de jouissance des locaux et qu'une seule créance de loyers, les deux créances étant transmises activement et passivement au jour de la cession de contrat.

Il n'y a qu'une seule explication à tout ceci, la naissance successive des créances n'est en la matière qu'un artifice pratique et esthétique. En réalité, la cession de contrat implique naturellement le transfert des obligations essentielles et principales issues du contrat et nées au jour de celui-ci.

255. La limitation du domaine de la thèse de Monsieur Aynès pose également problème au regard de la seule justification réelle à la naissance successive des créances, le principe d'incessibilité des dettes. En effet, l'auteur limite l'institution de la cession de contrat aux seuls contrats à exécution successive, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée.

¹ Cf. infra n°941 et s.

² L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. 1984, Economica, p. 76 et 77.

³ Ibid, p. 222 et s.

Pourtant, le principe d'incessibilité des dettes se veut par nature commun à toutes les dettes quel que soit le contrat dont elles sont issues. Or, la cession de contrats à exécution instantanée dont la prestation caractéristique n'est pas encore épuisée existe. Preuve en est que ces contrats sont des contrats en cours en droit des entreprises en difficultés et qu'ils peuvent dès lors faire l'objet d'une cession judiciaire forcée à l'occasion d'un plan de cession s'ils sont nécessaires à l'exercice de l'activité, tel par exemple de la cession d'un contrat de vente de vin dont les bouteilles n'avaient pas encore été livrées¹.

En outre, il a été démontré à la précédente section le caractère erroné de la naissance successive des créances en matière de contrat à durée déterminée. Que ce soit en tant que lien ou en tant que bien, il est certain que la créance issue d'un contrat à durée déterminée naît pour le tout au jour du contrat. Dès lors, la cession de contrat fondée sur la naissance successive des créances telle qu'exposée en apparence par Monsieur Aynès ne serait valable que pour les contrats à durée indéterminée. Outre que la thèse se retrouverait ainsi avec un rayonnement particulièrement réduit dans la mesure où la plupart des contrats sont aujourd'hui à durée déterminée, ce cantonnement à une catégorie de contrat est incompatible avec le caractère général du principe d'incessibilité des dettes sur lequel repose la naissance successive des créances. Si ce principe ne peut pas jouer pour les contrats à durée déterminée, c'est qu'il n'existe pas et qu'il ne peut donc pas servir de pilier à la naissance successive des créances, y compris dans l'hypothèse des contrats à durée indéterminée.

256. Des arrêts montrent l'existence de la cession de dettes. Par exemple, dans le cadre d'un plan de cession, le cessionnaire doit payer les remboursements d'emprunts contractés pour l'acquisition de matériel par lui récupéré, mais nanti pour garantir le remboursement des emprunts². Or, il est certain que la créance de remboursement du prêt naît au jour de la remise des fonds³. Dès lors, si le cessionnaire est tenu en lieu et place du cédant, c'est bien, nous semble-t-il, que la dette lui a été transmise avec le contrat de prêt.

257. Dans son article sur la date de naissance des créances contractuelles, Nicolas Thomassin⁴ va dans ce sens. Partisan d'une naissance pour le tout au jour du contrat, il explique la cession de contrat par une cession partielle des créances et des dettes nées au jour du contrat. L'auteur n'a pu étendre sa pensée dans le cadre restreint d'un article. Nous aurons l'occasion en seconde partie de voir les

¹ Cf. infra n°931 et s.

² Com. 13 avr. 1999, n°97-11383, P. D. 2000, 257, P. LIPINSKI, *Def.* 1999, art. 37023, J.-P. SÉNÉCHAL, *JCP E* 1999, n°39, p. 1533, M. CABRILLAC, *RTD com.* 1999, 964, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *RTD com.* 2000, 177, A. MARTIN-SERF : « Attendu que le contrat de prêt des fonds intégralement remis à l'emprunteur avant l'ouverture de sa procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens du premier des textes susvisés et ne peut être cédé au titre des contrats visés à l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 ; que, bien que le cessionnaire soit tenu, en application du dernier des textes susvisés, de payer les échéances de remboursement du prêt postérieures à la cession du matériel nanti, la caution solidaire des engagements de l'emprunteur demeure tenue, dans les mêmes conditions que celui-ci, de rembourser, sous déduction des sommes versées par le cessionnaire, l'intégralité de l'emprunt dont les échéances constituent des créances nées avant l'ouverture de la procédure collective ». La Cour ne dit pas que le contrat n'est pas transféré, elle dit qu'il ne l'est pas sur le terrain de l'article 86, mais qu'il l'est sur celui de l'article 93 de la loi de 1985. Nous verrons finalement en deuxième partie pourquoi ce contrat ne saurait être un contrat en cours au sens de l'article 86 de la loi, qui utilise une autre acception de la créance, tout comme le régime privilégié de l'article 40, duquel il est complémentaire et indissociable (cf. infra n°1167 et s.). Voir également, dans le même sens, com. 12 oct. 1993, n°91-17128, P.

³ Sur cette question, cf. infra n°465 et s.

⁴ N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, 655 : « une obligation unique va devenir activement plurale », « une même obligation aura ainsi deux titulaires actifs », « division de l'obligation... par laquelle plusieurs personnes sont co-créancières ».

modalités de ce transfert des créances et des dettes nées du contrat¹, en particulier la détermination de la quotité cédée en réalité étrangère avec les dates d'échéances stipulées².

258. Les développements qui précèdent apparaissent suffisants pour réfuter la thèse d'une naissance successive des créances dans le cadre de la cession de contrat. Des développements plus consistants seront consacrés au principe d'incessibilité des dettes en seconde partie³. Anachronique et n'existant en réalité plus aujourd'hui, la cession de contrat incorpore une cession des dettes et des créances réciproques nées du contrat⁴. Pour achever d'expliquer les mécanismes de la cession de contrat, il importera de déterminer dans quelles portions cette cession partielle des créances et des dettes principales s'effectue⁵. Cela relève de l'utilisation du concept nouveau de créance économique dont la consécration sera proposée en seconde partie, ce pourquoi il sera revenu sur ces points et sur la cession de contrat de façon plus générale à cette occasion⁶. Il suffit pour le moment de conserver à l'esprit que la cession de contrat ne permet pas de prouver une naissance successive des créances, qu'elle ne donne pas d'assise, ni à la thèse matérialiste, ni à la thèse périodique. Ces thèses d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat sont en réalité inutiles pour expliquer le mécanisme de la cession de contrat.

Conclusion de section, des thèses inutiles :

259. La jurisprudence qui refuse l'exécution forcée du paiement du prix ainsi que l'institution de la cession de contrat constituent des phénomènes qui en apparence renforcent l'idée d'une naissance de la créance de prix au stade de l'exécution du contrat. Pour cette raison, il n'était pas possible d'ignorer ces deux thématiques. Il convenait au contraire d'aller au-delà des apparences et de pénétrer au cœur de ces deux phénomènes afin de déterminer s'ils impliquent effectivement une naissance successive des créances. Tel n'est en réalité pas le cas. Les thèses d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution sont en réalité inutiles pour expliquer tant l'institution de la cession de contrat que la jurisprudence refusant l'exécution forcée du paiement du prix en cas de refus de la prestation par le client.

Le refus d'exécution forcée n'implique pas l'absence de naissance de la créance. Il cache sa **réfaction**. Ce n'est pas que la créance n'était pas au jour du jugement, c'est qu'elle n'est plus. Née *a priori*, elle s'est trouvée effacée ou réduite *a posteriori*. Le principe de naissance pour le tout au jour du contrat n'est pas remis en cause par les arrêts étudiés qui refusent l'exécution forcée du paiement du prix ou qui qualifient "d'indemnité due en vertu d'une clause pénale" le paiement du prix effectué malgré l'absence de prestation fournie, ce en vertu d'une stipulation expresse du contrat.

¹ Cf. infra n°916 et s.

² Cf. infra n°982 et s.

³ Cf. infra n°941 et s.

⁴ Cf. infra n°948 et s.

⁵ Cf. infra n°982 et s.

⁶ Cf. infra n°912 et s.

Quant à la cession de contrat, la thèse d'une naissance successive des créances est certes séduisante car d'apparence simple, mais elle n'est pas fondée au regard du droit positif et elle recèle en son sein des incohérences d'ordre conceptuel. Il est plus vraisemblable que la cession de contrat cache en réalité un transfert des créances et des dettes principales prévues au contrat et qui incarnent celui-ci. Le prétendu obstacle de l'incessibilité des dettes, qui sert de justification à leur naissance successive, n'a en réalité pas lieu d'être. **La cession de contrat et la cessibilité des dettes seront de nouveau abordés en seconde partie¹, ce pourquoi les développements se sont cantonnés ici au strict minimum nécessaire à la démonstration.**

Conclusion de chapitre, l'argumentation spécifique aux contrats à durée déterminée :

260. Nous avons exposé la diversité des thèses d'une naissance de la créance reportée au stade de l'exécution du contrat. Celles-ci concernent des domaines variés, mais aussi proposent des dates de naissance et des modes de naissance différents, selon qu'elles se focalisent sur la seule créance de prix ou qu'elles englobent également la créance de contreprestation. Ecartant d'emblée les thèses à l'évidence incohérentes, deux thèses devant être soumises à un examen plus fouillé ont pu être identifiées, la thèse périodique, où à la fois la créance de prestation et la créance de prix renaissent cycliquement à chaque début de période, et la thèse matérialiste, où la créance de prix naît au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation, ce sans préoccupation pour la créance de prestation.

Ces thèses n'ont toutefois pas supporté la confrontation au droit positif en dehors de la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure de l'ancien article 40 de la loi de 1985. D'un côté la créance peut être exigible, éteinte, ou bénéficier d'une protection antérieure aux dates de naissance proposées. D'un autre côté elle peut faire l'objet d'une saisie ou d'une cession efficace antérieure aux dates de naissance proposées. Or, il s'agit dans tous les cas de la mise en œuvre de mécanismes dont il est certain qu'ils sont consubstantiels du concept de créance lui-même et qu'ils mettent dès lors en œuvre l'authentique concept de créance et sa véritable date de naissance, contrairement au privilège de procédure précité pour lequel cette certitude n'est *a priori* pas acquise. En effet, ce concept ne peut pas mourir avant d'exister, à défaut de quoi c'est l'existence même du concept qui se trouve reniée et avec elle les soubassements du système de droit privé.

Il ne restait qu'à lever le voile de l'illusion d'une naissance reportée au stade de l'exécution du contrat générée par des cas de refus d'exécution forcée de paiement de la créance de prix ainsi que par l'institution de la cession de contrat. À l'examen, ces deux phénomènes ne nécessitent pas la naissance successive de la créance, le refus d'exécution forcée cachant un cas de réfaction de l'obligation et la cession de contrat incorporant un transfert des créances et des dettes principales nées du contrat.

261. Il en ressort **la réfutation certaine des thèses contemporaines périodique et matérialiste dans les contrats à exécution instantanée et à durée déterminée.** Dans le contrat à exécution instantané tel la vente, la créance de prix naît au jour du contrat et non pas au jour de la livraison.

¹ Cf. infra n°912 et s.

Dans le contrat à exécution successive à durée déterminée tel le bail, la créance de prix naît pour le tout au jour du contrat et non pas au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation ou encore à chaque début de période définie au contrat par la stipulation du terme nonobstant la date de survenance de celui-ci.

262. Mais cette certitude disparaît complètement pour le cas des **contrats à durée indéterminée**. Pour eux, l'observation du droit positif ne permet pas de trancher la question de la date de naissance des créances qui en sont issues.

Contre toute attente, y compris la notre, nous avons fini par acquérir la **conviction** que les créances d'un contrat à durée indéterminée naissent également pour le tout au jour de la formation du contrat, qu'elles incorporent dès l'origine toute la potentialité future de l'exécution du contrat.

Ainsi, par exemple, la cession de la créance de loyers issue d'un contrat à durée indéterminée, serait pareillement efficace à celle issue d'un contrat à durée déterminée en cas d'ouverture d'une procédure collective, l'effet réel de la procédure n'atteindrait pas les termes postérieurs de loyers qui auraient d'ores et déjà quitté le patrimoine du cédant. Ce n'est qu'une conviction, aucun arrêt ne vient la conforter de façon tangible, mais aucun arrêt ne vient non plus contredire cette conviction.

Cette conviction ne résulte pas d'une prise de position arbitraire. Elle est le fruit d'un recul et d'une vision d'ensemble acquise sur le thème général de la date de naissance de la créance, mais également sur la nature et la physionomie du concept de créance. Cette conviction ne fut pas la première approche qui s'imposa à nous, loin de là. Elle est le fruit de la réflexion et du travail accompli au fil du temps sur la date de naissance de la créance, un travail et une réflexion qui ne se limitèrent pas aux seuls contrats synallagmatiques, ni même à la seule source contractuelle d'obligations.

Il importe dès lors d'aborder à présent l'argumentation spécifique aux contrats à durée indéterminée où nous n'entendrons pas prouver de façon irréfutable, mais convaincre uniquement de la réfutation des thèses contemporaine, d'une absence de naissances successives d'une pluralité de créances, mais au contraire d'une naissance pour le tout au jour du contrat malgré la durée indéterminée de ces contrats. On l'aura pressenti, cette rhétorique ne se limitera pas à la matière contractuelle et trouvera une source d'inspiration dans la matière extracontractuelle car le concept d'obligation est un concept transversal de tout le droit privé qui n'est pas limité au contrat.

Chapitre 2 : L'argumentation spécifique aux contrats à durée indéterminée

263. Il n'est pas possible d'éluder la question de la date de naissance des créances issues d'un contrat à durée indéterminée, car une partie de la problématique quant à la date de naissance des créances se cristallise sur ce contrat. Les partisans de la thèse périodique dualiste arguent des particularités que présente le contrat à durée indéterminée pour soutenir que les créances naissent successivement au stade de l'exécution du contrat quant à lui. Il est vrai que la physionomie de ce contrat et l'absence de connaissance a priori de sa durée d'exécution, se prêtent mal à une naissance pour le tout au jour du contrat.

Contrairement aux contrats à durée déterminée, **l'observation du droit positif ne permet pas véritablement de trancher la question de la date de naissance des créances issues d'un contrat à durée indéterminée.** Seule une opinion peut être forgée.

L'opinion que nous nous sommes forgée en la matière n'est pas celle qui pourrait s'imposer a priori, ce n'est pas celle soutenue par les partisans de la thèse périodique dualiste, une renaissance à chaque début de période contractuelle indiquée par la stipulation du terme nonobstant la date exacte de celui-ci. Néanmoins, elle est le fruit d'une longue maturation et d'une longue observation du concept juridique de la créance et de son mode de naissance, ce sans se cantonner à la créance de prix et sans se cantonner à la source contractuelle. D'après nous, **les créances issues d'un contrat à durée indéterminée naissent pour le tout au jour du contrat**, qu'il s'agisse de la créance de prestation ou de la créance de prix corrélative. Les thèses contemporaines d'une naissance successive de la créance, que ce soit la thèse matérialiste ou la thèse périodique, devraient être écartées, y compris pour les contrats à durée indéterminée. La thèse classique d'une naissance au jour du contrat s'en trouve consacrée à nouveau. En effet, d'un côté, l'essence du concept de créance permet cette naissance pour le tout alors même que la durée du contrat et le contenu des prestations ne sont pas connus. D'un autre côté, une solution identique de celle existante de façon incontestable en matière de contrats à durée déterminée s'impose d'après nous.

264. Pour éluder la question des contrats à durée indéterminée, il aurait pu être argué de leur caractère marginal, des contrats à durée indéterminée ne se présentant que rarement, la plupart étant à durée déterminée. Tel n'est cependant pas le cas, la survenance de contrats à durée indéterminée n'est en réalité pas épisodique. Parmi les plus fréquents doit être cité le contrat de travail pour lequel le contrat à durée indéterminée constitue le principe, le contrat à durée déterminée n'étant que l'exception. Mais d'autres types de contrats peuvent être cités qui sont fréquemment à durée indéterminée tels le compte courant¹, le mandat, le contrat d'agent commercial, le contrat d'exercice libéral², ou encore l'ouverture de crédit³. De façon moins fréquente, peuvent également être à durée

¹ Par exemple, com 26 janv. 2010 n° 09-65086, P, *RTD com.* 2010, 762, D. LEGEAIS, *GP* 9 et 10 juill. 2010, A.-C. ROUAUD, *Banque et droit* 2010, n°131, p. 18, T. BONNEAU.

² Ex., pour un médecin, civ. 1, 18 oct. 2005, n°03-12064, P.

³ Art. L. 313-12 CMF qui prévoit de façon incidente cette possibilité en aménageant le mode de rupture, préavis minimum de deux mois, sauf en cas de comportement grave du client. Voir également pour un exemple, com. 24 janv. 2006 n°02-11989, P, *D.* 2006, 499, A. LIENHARD, où il était question de « crédits à court terme à durée indéterminée ».

indéterminée le contrat de franchise sans exclusivité¹, le contrat de concession exclusive², ou encore le commodat lorsqu'aucun délai naturel ne s'impose³. D'ailleurs, le Code de la consommation interdit à son article R. 132-1⁴ certaines clauses abusives qui ne concernent que les contrats à durée indéterminée, ce qui montre que ces derniers ne sont pas si rares.

En outre, en principe, la poursuite d'un contrat à durée déterminée au-delà du terme génère un nouveau contrat démuné de terme, donc un contrat à durée indéterminée. Un texte spécial le prévoit parfois expressément comme pour le contrat d'agent commercial⁵ ou pour la convention d'indivision⁶. Mais il s'agit d'un principe général⁷ consacré par la jurisprudence⁸ et qui n'est écarté que dans l'hypothèse d'un texte spécial comme en matière de baux d'habitation dont le statut prévoit une durée pour les contrats renouvelés⁹. Il s'ensuit qu'il puisse arriver que le contrat devienne un contrat à durée indéterminée sans même que les parties en aient conscience.

Plus surprenant, indépendamment de la survenance du terme, un contrat à durée déterminée peut transmuter en contrat à durée indéterminée à l'insu des parties, éventuellement. Par exemple, en droit du travail, les contrats à durée déterminée sont assez souvent requalifiés en contrat à durée indéterminée¹⁰. En droit de l'action sociale, les contrats d'hébergement de personnes âgées deviennent automatiquement à durée indéterminée au-delà de six mois quelle que soit la durée initialement prévue au contrat¹¹. En droit de la consommation, l'art. L. 136-1 du Code de la consommation¹² prévoit comme sanction la transformation en contrat à durée indéterminée lorsque le

¹ D'après Jean-Paul Clément, seulement 5% des contrats de franchise sont à durée indéterminée (J.-P. CLÉMENT, *La franchise commerciale et industrielle*, Entreprise moderne d'édition, 1981, p. 54). La durée déterminée des contrats est d'usage en la matière, afin d'assurer au franchisé la sécurité juridique nécessaire à l'amortissement de ses investissements (art. 5.3 du Code de déontologie européen). Il n'en reste pas moins que les contrats de franchise à durée indéterminée existent.

² Ex., com 28 janv. 2008 n°06-17748, P, com. 6 mars 2007 n°05-13991, P, D. 2007, 1010, E. CHEVRIER.

³ Sinon le commodat est à contrat à durée déterminée à terme incertain dont la durée correspond au temps nécessaire pour l'utilisation de la chose prêtée.

⁴ « 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour... le consommateur que pour le professionnel... 11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par... le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel ».

⁵ Art. L. 134-11 du Code de commerce : « est réputé transformé en un contrat à durée indéterminée ».

⁶ L'art. 1873-3 du Code civil dispose que la convention d'indivision peut être à durée déterminée ou indéterminée et renvoie aux dispositions des art. 815 et suivants du code civil de l'indivision légale en cas de poursuite de l'indivision après le terme convenu dont on sait que toute personne peut en sortir à tout moment, ce qui correspond bien au régime des contrats à durée indéterminée.

⁷ Art. 7.106 des PDEC.

⁸ Civ. 1, 15 nov. 2005, n°02-21366, P, D. 2006, 587, M. MEKKI, RDC 2006, 696, Y.-M. LAITHIER, RTD civ. 2006, 114, J. MESTRE et B. FAGES, *Contrats, conc ; consom.* 2006, comm. 43, L. LEVENEUR, RLDC 2006/25, n°1012, F. BUY : « Attendu que, sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat de durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques ». De même, par exemple, dans le cas d'un contrat de franchise, com. 18 févr. 1992, n°90-13425, inédit, GP 1992, 2, pan. 170.

⁹ Loi du 6 juill. 1989.

¹⁰ Soc. 10 nov. 2009, n°08-40088, P, où il s'agissait d'une succession de 13 contrats à durée déterminée sur une période de 5 ans. La requalification a eu pour conséquence que l'employeur devait payer les périodes intermédiaires car le salarié s'était tenu à la disposition de l'entreprise utilisatrice.

¹¹ Art. L. 342-2 du Code de l'action sociale et des familles : « lorsqu'une personne est hébergée, sur la base d'un contrat à durée déterminée, au-delà d'une période de six mois consécutifs, le contrat est transformé de plein droit en contrat à durée indéterminée et soumis aux dispositions » spécifiques à ce type de contrat.

¹² Cette sanction implique évidemment que le consommateur puisse mettre fin au contrat à tout moment contrairement à ce qui se serait passé si le contrat à durée indéterminée avait été reconduit. Le 2ème alinéa de l'article rappelle cette « transformation » du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée en rappelant qu'en cas de rupture les acomptes éventuellement versés doivent être restitués : « Lorsque cette information ne lui a pas été adressée conformément aux dispositions du premier alinéa, le consommateur peut mettre gratuitement un terme au contrat, à tout moment à compter de la date de reconduction ». Remarquons qu'il y a lieu de ne pas confondre la tacite reconduction, qui s'opère en fait sans qu'une clause ne l'ait prévue et qui implique que le contrat se poursuit sous la forme d'un contrat à durée indéterminée, et la clause de tacite reconduction qui prévoit généralement le renouvellement du contrat avec son terme, donc en contrat à durée déterminée.

professionnel ne respecte pas son obligation d'information consistant à rappeler au consommateur, à l'approche de la date anniversaire de son contrat, de s'opposer à la reconduction de son contrat à durée déterminée lorsqu'une clause prévoit cette dernière.

Enfin, il peut arriver qu'un même contrat puisse, selon les circonstances, être qualifié à durée déterminée, à durée déterminée mais à terme incertain, ou encore à durée indéterminée. Tel est le cas du commodat¹.

L'examen de la date de naissance des créances issues d'un contrat à durée indéterminée n'est donc pas dénuée d'intérêt pratique car les contrats à durée indéterminée font partie du paysage juridique. On peut citer par exemple un arrêt du 30 juin 2004 de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation où il s'agissait d'un contrat de location à durée indéterminée d'un coffre-fort² ou encore une autre affaire où il s'agissait d'une location-gérance de fonds de commerce à durée indéterminée³. Les conventions de compte courant sont souvent à durée indéterminée⁴. Dans un arrêt un peu plus ancien du 31 mai 1994 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, il s'agissait d'un contrat de concession de la gestion d'un restaurant d'entreprise à durée indéterminée⁵.

265. Si notre position d'une naissance de la créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée peut a priori surprendre, un arrêt peut néanmoins être interprété dans ce sens. Il s'agit d'un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 16 mai 1938. Dans cet arrêt, la Haute juridiction fait bénéficier à la compagnie d'assurance du défunt du bénéfice du privilège de séparation des patrimoines pour les primes d'assurance du contrat postérieures au décès du défunt, prouvant ainsi leur naissance antérieure.

Consacrant sa solution, la Cour énonce dans cet arrêt : *« mais attendu qu'en signant la police, l'assuré s'était obligé et avait obligé les ayants cause à titre universel, à s'acquitter le montant de toutes les cotisations jusqu'à la date convenue pour l'expiration du contrat ou jusqu'à sa résiliation ; que l'obligation ainsi engendrée par le contrat conservait son unité, bien que son exécution dût avoir lieu par paiements successifs à termes périodiques »*⁶.

Les Hauts magistrats précisent bien que la fin du contrat peut provenir de sa résiliation, à savoir de sa résiliation unilatérale. Cela indique que le contrat aurait pu être à durée indéterminée. En toute hypothèse, la faculté de résiliation unilatérale et l'impossibilité de connaître le contenu global des obligations au jour de la signature du contrat qu'elle implique constituent les arguments majeurs des partisans d'une naissance successive d'une pluralité de créances dans les contrats à durée indéterminée. Il s'ensuit que, **pour la Cour, il n'y avait pas de différence à faire selon que la**

¹ Civ. 1, 3 juin 2010 n°09-14633, P, *RTD civ.* 2010, 557, B. FAGES, *JCP G* 2010 I 1146, M. MEKKI, *AJDI* 2011, F. DE LA VAISSIÈRE : « Attendu que l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence même du commodat ; que lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'un terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable... ».

² Civ. 1, 30 juin 2004, n°01-00475, P, *D.* 2005, 1828, D. MAZEAUD, *RTD civ.* 2004, 749, P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 2005, 126, J. MESTRE et B. FAGES, *RDC* 2005, 275, P. STOFFEL-MUNCK, *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. 151, L. LEVENEUR. La redevance était en outre fixée autoritairement chaque année par la banque. Dans l'affaire, le client est débouté de son action pour abus dans la fixation du prix car il pouvait justement résilier le contrat à n'importe quel moment.

³ Com. 10 nov. 2009 n°08-21175, inédit.

⁴ Par exemple, com. 26 janv. 2010 n°09-65086, P, op. cit. n°264.

⁵ Com. 31 mai 1994, n°92-12548, P.

⁶ Civ. 16 mai 1938, S. 1939, I, 281, VIALLETON.

créance était née d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée, elle était de toutes les façons née pour le tout au jour du contrat et toutes les échéances postérieures au décès devaient à ce titre bénéficier du privilège de séparation des patrimoines.

Certes, l'arrêt est ancien. Certes, la solution ne serait plus la même droit positif, car le contrat d'assurance est aujourd'hui davantage réglementé et standardisé quant à sa durée. D'une part, il s'agit généralement d'un contrat à durée déterminée renouvelable par tacite reconduction. D'autre part, le sort du contrat en cas de décès de l'assuré fait aujourd'hui l'objet de dispositions spéciales édictées à l'article L. 121-10 du Code des assurances. Mais tout cela ne change rien à l'apport théorique de la solution alors consacrée par la Cour de cassation quant à la date de naissance et quant au mode de naissance de la créance de prix issue du contrat à durée indéterminée, une naissance pour le tout au jour du contrat.

266. Il existe en doctrine une véritable **résistance instinctive** à reconnaître une naissance pour le tout au jour du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée et à affirmer une naissance successive des créances issues de ce type de contrat.

Ainsi, dans sa thèse sur l'exigibilité des créances, pour distinguer les concepts de naissance et d'exigibilité de la créance, Benoît Grimonprez prend parti sur la date de naissance des créances contractuelles en défendant la thèse classique d'une naissance des obligations issues des contrats à exécution successive pour le tout au jour du contrat, ce sur 50 pages de sa thèse. L'auteur finit néanmoins par concéder une exception, celle des contrats à durée indéterminée. Il ne développe cette exception que sur une demie page en reprenant en substance les propos de Pascal Ancel et de Martine Behar-Touchais. Mais l'auteur pressent tout de même qu'il pourrait en être différemment en admettant en note de bas de page que, peut-être, dans ces contrats, l'obligation n'est « *tout simplement pas liquide...* ». Ayant beaucoup réfléchi à la question, l'auteur pressent malgré tout que, peut-être, la créance est-elle déjà née, mais n'est-elle tout simplement pas encore liquide. C'est dire le malaise que suscite la date de naissance des créances issues d'un contrat à durée indéterminée.

Cette résistance instinctive de la doctrine provient d'après nous de la considération essentielle que l'obligation issue du contrat à durée indéterminée n'est pas encore figée dans son « **contenu global** », comme le relèvent tous les auteurs partisans la thèse contemporaine périodique d'une naissance successive de la créance. Pire, non seulement le montant global n'est pas connu, mais en plus il n'est pas figé dans l'absolu au jour du contrat car son quantum pourra évoluer en fonction d'événements futurs. Autrement dit, l'obligation évoluera dans sa valeur, mais également dans sa substance. Excepté l'argument de droit positif nuancable de la résiliation unilatérale et efficace de la caution d'un contrat à durée indéterminée, c'est sur ce point théorique tiré de la physionomie du contrat à durée indéterminée que se fonde la position des auteurs partisans d'une naissance successive de la créance.

Ainsi, Pascal Ancel explique que, « *faute de connaître au départ la durée de ces contrats, qui peuvent être résiliés..., il paraît en effet difficile de dire que, dès le départ, le bailleur... est titulaire d'une créance globale de loyers dont l'exécution seule serait échelonnée dans le temps... Tout au plus a-t-il ... un "germe de créance"* »¹. Réservant la thèse d'une naissance successive aux seuls

¹ Pascal Ancel, D. 1996, 625, obs. sous civ. 2, 10 juill. 1996, n°94-19551, P, cf. supra n°156.

contrats à durée indéterminée, Martine Behar-Touchais¹ s'interroge pareillement, « *comment pourrait-on concevoir que toutes les obligations nées d'un contrat à durée indéterminée naissent au jour de la conclusion du contrat, alors qu'on ne sait pas combien de temps durera le contrat puisque l'on peut y mettre fin par la volonté ?* ». La même idée se retrouve a contrario chez Georges Brière de l'Isle, qui se cantonne également aux contrats à durée indéterminée, qui explique qu'au contraire, pour les contrats à durée déterminée, « *la détermination de la durée clôt en quelque sorte le contrat et lui donne son unité... chacune des parties peut calculer à l'avance l'étendue de ses obligations, la valeur respective des prestations* »². François Terré nous semble également en ce sens³.

Pour cette raison, il convient en matière de contrats à durée indéterminée de commencer par l'aspect théorique avant d'examiner l'aspect technique et pratique, car la véritable force de la thèse d'une naissance successive se trouve sur le terrain de la réflexion théorique. Cette force repose sur l'idée **qu'a priori** il n'est pas **concevable** que la créance puisse naître pour le tout au jour du contrat. Comblant d'emblée cette absence d'explication théorique, il sera ensuite possible d'observer sous un angle nouveau les arguments techniques invoqués par les auteurs partisans d'une naissance successive de la créance.

267. C'est par la nature particulière des obligations issues du contrat à durée indéterminée, des obligations à objet à formation progressive, que leur naissance pour le tout au jour du contrat s'explique sur le plan théorique et conceptuel (section 1). Partant de cette explication, les phénomènes techniquement invoqués par les auteurs partisans d'une naissance successive de la créance peuvent en réalité s'expliquer par autre chose que cette naissance successive, si bien que ce fondement traditionnel s'avère en réalité inutile (section 2).

Section 1 : Proposition du fondement nouveau d'un objet à formation progressive

268 C'est avant tout l'explication théorique d'une naissance pour le tout au jour du contrat qui fait défaut et qui permet aux auteurs partisans d'une naissance successive de soutenir avec facilité leurs thèses contemporaines pour les contrats à durée indéterminée. Or, cette explication existe. Elle repose d'après nous sur l'objet de l'obligation qui peut être à formation progressive, qui n'a pas besoin d'être préformaté au jour du contrat. En amont de cette explication qui rend concevable la naissance des obligations au jour du contrat, deux réflexions d'ordre théorique nous pousse à choisir une naissance pour le tout au jour du contrat au lieu d'une naissance successive. L'une relève de **l'ontologie de la créance** que l'étude approfondie de la date de naissance et des phénomènes qui l'entourent a permis de percevoir. L'autre relève de la **cohérence du système de droit privé**, d'une part à l'égard de la date de naissance des créances démontrée pour le tout au jour du contrat à durée

¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41, n°20.

² G. BRIÈRE DE L'ISLE, *D.* 1957, ch. p. 153, spéc. p.155.

³ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^{ème} éd., 2010, n°279, 3°.

déterminée au chapitre précédent, d'autre part au regard de certaines fonctions qu'occupe la créance dans ce système de droit privé.

L'explication proposée n'est pas purement fantaisiste. Elle s'inspire de l'observation du droit de la responsabilité, plus particulièrement de l'obligation de réparation, qui peut de façon indéniable prendre la forme d'une obligation à objet à formation progressive. La créance est un concept transversal du droit. Il n'est donc pas incongru de s'inspirer d'un phénomène observable en dehors de la source contractuelle pour résoudre une problématique située au sein de cette dernière. Le fait est qu'une obligation peut exister tout en ayant un objet à formation progressive. Une adaptation de la physionomie d'une telle obligation à la source contractuelle permet ainsi de boucler la démonstration recherchée ici selon laquelle les obligations issues d'un contrat à durée indéterminée sont des obligations à objet à formation progressive, ce qui explique qu'elle puisse naître, malgré leurs caractéristiques particulières, pour le tout au jour du contrat.

L'argumentation purement théorique sur le choix d'une naissance pour le tout au jour du contrat et sur l'explication proposée d'une explication par l'obligation à objet à formation progressive s'imposent d'emblée (§1). Ce n'est qu'ensuite qu'elle pourra être mise en œuvre, d'abord par la démonstration de l'existence certaine de créance à objet à formation progressive en droit de la responsabilité civile essentiellement délictuelle (§2), ensuite par la vérification d'une transplantation possible de telles obligations dans la source contractuelle (§3).

§ 1 : La naissance de l'obligation au jour du contrat expliquée par la formation progressive de son objet

269. La thèse d'une naissance successive des créances repose en réalité essentiellement sur une évidence qui ne va pas véritablement de soi. C'est pour cette raison qu'il convient de commencer par la réflexion théorique, afin de s'affranchir d'emblée du présupposé d'une impossibilité de naissance pour le tout au jour du contrat et incidemment d'une naissance successive de la créance dans les contrats à durée indéterminée. Ce n'est qu'une fois affranchi du présupposé qu'il sera possible d'observer les arguments techniques invoqués avec une vision nouvelle qui rend finalement inutiles les thèses périodiques dans leurs domaines.

Partisan d'une naissance successive des créances, Pascal Ancel¹ en appelle à l'évidence et au bon sens lorsqu'il interpelle son lecteur en se demandant comment le salarié pourrait-il être créancier de tous ses revenus au jour du contrat ? L'argumentation de l'auteur repose finalement sur l'absence d'explication à la thèse classique appliquée au contrat à durée indéterminée. Dans cet exemple de la créance salariale, comme il sera vu, les revenus sont une chose, la créance de revenus en est une autre. Il en va de même dans le bail où la créance de loyer est une chose et le loyer constitutif des fruits civils en est une autre. Le salarié est titulaire d'une créance de revenus dès le jour du contrat, mais ses revenus ne surgiront qu'au fur et à mesure de l'exécution du contrat. Sa créance de revenus implique qu'il aura droit à rémunération conformément à l'équivalence stipulée pour tout le travail

¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

ou toute la mise à disposition de sa force de travail. Sans l'existence de cette créance de revenus issue du contrat de travail, son travail ne donnerait pas droit à rémunération. L'exemple du salaire n'est en outre pas représentatif car le revenu du travail fait l'objet d'une réglementation particulière dont le régime tend à cacher l'existence de la créance dès le jour du contrat.

270. Entamant cette fausse évidence, il convient de rappeler que d'éminents auteurs soutiennent la thèse classique d'une naissance au jour du contrat même dans les contrats à durée indéterminée, notamment Emmanuel Putman¹, Stéphane Torck² et Nicolas Thomassin³.

Continuant d'entamer l'évidence, il convient de souligner que **la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté**⁴ **ne peut en réalité pas être invoquée ici pour soutenir une naissance successive des créances**, alors pourtant qu'elle constitue le pilier majeur des thèses contemporaines d'une naissance reportée au stade de l'exécution du contrat.

En effet, cette jurisprudence correspond à **la thèse matérialiste**⁵. Or, l'application de cette thèse dans le cadre des contrats à durée indéterminée conduit à une impasse logique lorsqu'on s'interroge sur la date de naissance de la créance de prestation éludée par la jurisprudence précitée. Cette créance ne peut pas naître au fur et à mesure de son exécution, au fur et à mesure de son extinction. Elle ne peut donc naître que pour le tout au jour du contrat. Mais alors on ne voit plus pourquoi il n'en irait pas de même pour la créance de prix corrélative, car les deux créances n'ont pas des contenus connus et figés au jour de la formation du contrat. L'admission de cette naissance pour le tout au jour du contrat concernant la créance de prestation invalide de facto l'argumentation utilisée pour soutenir une naissance successive de la créance corrélative de prix. C'est pourtant la seule date de naissance concevable pour la créance de prestation dans le cadre de la thèse matérialiste.

Il s'ensuit que **seule la thèse périodique**⁶ **est envisageable en matière de contrats à durée indéterminée**, une renaissance cyclique à chaque début de période contractuelle des obligations réciproques prévues au contrat. Mais cette thèse ne correspond pas à la date de naissance utilisée en droit des entreprises en difficulté en matière de privilège de procédure, une naissance de la seule créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation. Il convenait de le souligner.

271. L'impasse à laquelle mènent en réalité les justifications théoriques des partisans d'une naissance successive de la créance achève de détruire l'évidence d'une absence de naissance pour le tout au jour des créances issues du contrat à durée indéterminée, en particulier de la créance de prix.

Georges Brière de L'Isle fait référence en matière de naissance successive des créances issues d'un contrat à durée indéterminée⁷. Cependant, pour l'auteur, cette naissance successive repose sur une

¹ E. PUTMAN, *La formation des créances*, th, 1987, spéc. p. 232 s.

² S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », in *Colloque sur la date de naissance des créances*, LPA 9 nov. 2004, n°224, p. 25.

³ N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, 655.

⁴ Pour un exposé de cette jurisprudence, cf. supra n°68 et s.

⁵ Pour un exposé plus précis de la thèse matérialiste, cf. supra n°66 et s.

⁶ Pour un exposé plus complet de la thèse périodique, cf. supra n°80 et s.

⁷ G. BRIÈRE DE L'ISLE, « Les contrats successifs », *D.* 1957, ch. p. 153.

succession de contrats, une **pluralité de contrats**. C'est le contrat lui-même qui renaît cycliquement et non pas les obligations seulement. Pour l'auteur, l'expression « contrats successifs » n'est qu'une ellipse pour les contrats à durée déterminée qui ne sont qu'un au même titre que les contrats à exécution instantanée, mais l'expression n'est plus une ellipse pour les contrats à durée indéterminée qui constituent réellement une pluralité de contrats. L'auteur écrit ainsi que « *les contrats successifs à durée indéterminée constituent à la vérité une succession de contrats (...) et méritent seuls à ce titre l'appellation de contrats successifs* ».

L'argumentation de l'auteur ne repose que très peu sur la faculté de résiliation unilatérale qu'il ne fait qu'évoquer au début de son exposé. Elle repose en réalité essentiellement sur la **nullité** et la **résolution** du contrat qui ne valent que résiliation quelle qu'en soit la cause. L'auteur conforte sa démonstration en évoquant les effets de cette résiliation. Toutefois, outre que les effets invoqués sont contestables¹, le régime dépeint par l'auteur n'implique nullement qu'il y ait succession de contrats, ni même qu'il y ait naissance successive des créances. Le régime évoqué et qui serait censé prouver la pluralité de contrat n'est même pas spécifique aux contrats à durée indéterminée, si bien que la démonstration tombe sans qu'il soit besoin d'aller plus loin. La révision pour imprévision, si elle est intrinsèquement impossible pour les contrats à durée indéterminée, n'est pas non plus admise de toutes les façons pour les contrats à durée déterminée ou pour les contrats à exécution instantanée. L'argument central de l'auteur, la nullité ou résolution valant résiliation, peut également jouer pour les contrats à durée déterminée. Certes, intrinsèquement le contrat à durée indéterminée se trouve nécessairement être divisible dans le temps². Mais la jurisprudence peut également appliquer cette division aux contrats à durée déterminée³. Thomas Génicon a d'ailleurs bien montré dans sa thèse sur

¹ L'argument de l'absence d'opposition de l'autorité de chose jugée d'une période à l'autre du contrat, qui empêcherait la partie d'agir sur une période alors qu'elle avait déjà agi sur une autre, n'est nullement spécifique aux contrats à durée indéterminée, elle touche également les contrats à durée déterminée. La suspension du contrat dans le contrat à durée indéterminée alors qu'il n'y aurait pas suspension dans le contrat à durée déterminée ne nous semble pas non plus en lien avec la date de naissance de la créance, mais avec le terme extinctif du rapport contractuel. Pire, l'argument contredit la thèse de l'auteur qui prône, rappelons-le, une succession de contrats, une pluralité de contrats et non pas une pluralité de rapports d'obligations uniquement comme le fait Martine Behar-Touchais. En effet, comment le contrat pourrait-il être suspendu alors que c'est dans son cas la naissance de nouveaux contrats qui devrait l'être. Quant à l'argument d'une incapacité qui survenue en cours d'exécution anéantirait le contrat à durée déterminée, mais pas le contrat à durée indéterminée, l'argument est erroné que le contrat à durée déterminée n'est pas plus touché par cette incapacité survenue en cours d'exécution. Frédéric Garron expose ainsi dans sa thèse sur la caducité du contrat que cet anéantissement d'un contrat successif pour une incapacité survenant en cours d'exécution ne survient que dans « *quelques situations hypothétiques* » (F. GARRON, *La caducité du contrat*, th. 1999, spéc. n°119 s.).

² M. BEHAR-TOUCHAIS, « Extinction du contrat de distribution, Effets », *Juris-Classeur Contrats et Distribution*, Fasc. 176, n°4 p. 4.

³ En matière de résolution des contrats qui déploient leurs effets dans le temps, la jurisprudence applique un critère de divisibilité du contrat afin de déterminer si son anéantissement sera ou non rétroactif. Civ. 1, 3 nov. 1983, n°82-14003, P, *Def.* 1984, p. 1014, J.-L. AUBERT, *RTD civ.* 1985, 166, J. MESTRE, il s'agissait d'un contrat d'édition cassation de l'arrêt qui refuse d'ordonner la restitution des sommes déjà versées à l'éditeur car le marché était indivisible : « *Attendu qu'il résulte de ces textes que, dans les contrats à exécution échelonnée, la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de contrats* ». Cette « *série de contrats* » n'est à notre sens pas à prendre au pied de la lettre, mais plutôt comme une métaphore. D'autres arrêts n'en font plus mention et ne parlent que de la divisibilité ou de l'indivisibilité du contrat. Voir également, pour une application postérieure, civ. 3, 20 nov. 1991, n°89-16552, P : les entrepreneurs chargés du projet avaient très largement dépassé le budget initialement convenu ; ils arguaient du caractère échelonné du contrat pour prétendre ne pas avoir à restituer les paiements déjà effectués, mais simplement ne plus avoir droit aux échéances postérieures. La cour de cassation approuve les juges du fond de ne pas avoir retenu une telle argumentation car « *dans l'intention des parties, les prestations... bien qu'étalées dans le temps formaient un ensemble indissociable... la convention était indivisible* ». Idem mais concernant un architecte et une cassation de l'arrêt d'appel qui avait refusé d'ordonner la restitution des honoraires déjà versés, au visa des art. 1134 et 1184 du Code civil, civ. 1, 8 oct. 2009, n°08-17437, inédit, *JCP G* 2009, n°51, p. 45, ch. P. GROSSER : « *statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si le maître de l'ouvrage (client) n'avait pas voulu conclure avec l'architecte une convention indivisible et si les différentes prestations confiées à ce dernier, bien qu'échelonnées dans le temps, étaient indissociables* ». Voir également, concernant un architecte, civ. 3, 15 mars 2006 n°04-18556, inédit. L'attendu de l'arrêt Lucie de la 3^{ème} chambre civile du 30 avril 2003 peut-être rappelé à ce titre : « *Mais attendu que... dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté...* ». Civ. 3, 30 avr. 2003, n°01-14890, FP-P+B+R+I,

la résolution pour inexécution que le critère ne se situait certainement pas dans la durée déterminée ou indéterminée du contrat¹.

En outre, d'importants auteurs ont depuis longtemps fait litige de ce fondement d'une succession de contrats. Maury écrivait ainsi : « *on pourrait être tenté... Mais cette décomposition est inexacte : contraire à l'intention des parties qui n'ont fait et entendu faire qu'une convention, elle ne l'est pas moins à la réalité des choses, car nul ne songe à s'enquérir de l'existence et de la viabilité du consentement à la conclusion de chacune de ces prétendues conventions : il y a concours de volonté unique ; il n'y a qu'un contrat. Nous sommes en présence d'un cas de résolution partielle...* »².

Marcel Planiol écrivait déjà à la fin du 19^{ème} siècle à l'encontre d'un tel glissement vers une succession de contrats : « *N'y a-t-il pas là une méprise ? Quand on parle de contrats successifs, on n'entend pas parler de plusieurs contrats se succédant l'un l'autre, mais bien de contrats dont l'exécution est successive... si l'exécution cesse avant l'expiration normale du terme convenu, il y aura lieu à résiliation pour l'avenir, sans résolution dans le passé : l'exécution partielle est un fait acquis qu'il est inutile d'effacer fictivement par des restitutions pécuniaires* »³.

JCP G 2004 II 10031, C. JAMIN, JCP E 2003, 1665, J. MONÉGER, JCP E 2004, n°30, M. KÉITA, Rev. Lamy dr. aff. 2003, n°3853, p. 48, P. MENDAK, RTD civ. 2003, 501, J. MESTRE et B. FAGES. Il y avait exécution imparfaite dès l'origine car le bailleur de ce Cabinet de radiologie n'avait pas respecté son engagement d'installer un ascenseur et une rampe d'accès pour handicapés. La résolution est totalement rétroactive, mais les juges du fond doivent évaluer une indemnité d'occupation pour la période d'occupation des locaux. Et le critère de divisibilité de l'obligation était déjà utilisé en jurisprudence au XIX^{ème} siècle pour déterminer s'il devait y avoir résolution ou résiliation, si bien que l'absence de césure sur le caractère déterminé ou non de la durée du contrat ne remonte pas à aujourd'hui et se situe bien antérieurement à l'article de Georges Brière de l'Isle (J. GHESTIN, M. BILLIAU, C. JAMIN, *Les obligations. Les effets du contrat*, traité LGDJ, 3^{ème} éd. 2001, n°558, où les auteurs citent, parmi les arrêts les plus anciens, un arrêt du 24 mars 1874, civ. 24 mars 1874, S. 1874, 1, 216, mais également postérieurs du 2 mars 1938). Voir également Civ. 22 nov. 1921, DP 1925, I, 116, S. 1923, I, 81, note HUGUENEY, la solution est fondée sur la théorie de la cause : « *Attendu que dans une convention synallagmatique, l'obligation de chacune des parties a pour cause l'exécution de l'obligation de l'autre partie ; que dès lors en l'absence de toute stipulation contraire insérée à titre de clause pénale dans le contrat, l'assureur qui invoque la réticence ou la fausse déclaration de l'assuré pour se délier de ses engagements ne peut pas exiger le paiement de la prime afférente aux risques dont il obtient l'exonération* ». Voir également sur cette question, P. SUMIEN, « De la divisibilité de la prime ou de la cotisation d'assurance », D. 1945 ch. p. 6, spéc. p. 8 où l'auteur conclut qu'il serait possible de stipuler une clause d'indivisibilité, mais qui ferait alors office de clause pénale pour le surplus. L'auteur remarque au passage que l'intégralité de la prime annuelle serait due en cas de réalisation du risque.

¹ T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. LGDJ 2007, n°116 s., n°812 et 855. L'auteur démontre le caractère inadapté d'un critère qui serait fondé sur la durée du contrat. Il concentre ses efforts à critiquer la distinction faite en matière de résolution entre les contrats à exécution instantanée et les contrats à exécution successive, à durée déterminée comme indéterminée, qu'il juge peu praticable. Il propose une distinction transversale de toutes les catégories existantes pour proposer une dichotomie entre les contrats à utilité continue et les contrats à utilité globale. Il s'ensuit que, implicitement, la thèse récente de Monsieur Genicon sur la résolution partielle n'est pas compatible avec la thèse contemporaine puisque l'auteur considère que la césure se situe à cheval sur les contrats à exécution instantanée, dont on a vu que la créance de rémunération ne naissait pas de l'exécution de la prestation, et sur les contrats à exécution successive. Cela nie la thèse de Monsieur Brière de l'Isle qui attribue la rétroactivité partielle aux seuls contrats à durée indéterminée par opposition à durée déterminée qu'il traite comme les contrats à exécution instantanée et pour lesquels la résolution serait nécessairement totale.

² J. MAURY, *Essai sur le rôle et la notion d'équivalence en droit civil français*, th. 1920.

³ PLANIOL, obs. sous civ. 4 mai 1898, DP 1898, 1, 457. L'auteur se réfère à d'autres éminents auteurs qui sont en son sens tels AUBRY et RAU (*Cours de droit civil*, 4^{ème} éd., t. 4, §302 p. 86, note 90), DEMOLOMBE (*Cours de code civil*, t. 25, n°469) ou encore LAROMBIÈRE (*Théorie et pratique des obligations*, sur l'art. 1183, n°72). Il expose que ce régime de la résolution s'est construit à partir de divers arrêts, dont : civ. 31 déc. 1856, DP 1857, 1, 281 ; Req. 25 mai 1869, DP 1869, 1, 367 ; Rdq. 19 déc. 1863, DP 1863, 1, 248. PLANIOL balayait d'ailleurs d'une plume l'argument phare de Monsieur Brière de l'Isle. L'illustre auteur écrivait déjà en son temps que le critère de distinction entre résolution rétroactive et résiliation non rétroactive « réside dans le rôle du temps dans le contrat, satisfactoire ou dilatoire ». La simple résiliation s'opère dans les contrats où « la durée d'exécution fait corps avec l'objet du contrat dont elle est un des éléments. Comme la durée est essentiellement divisible, l'avantage cherché peut être considéré comme acquis pour toute la période écoulée au moment de la rupture ». L'auteur n'effectue aucune différenciation selon qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée car il précise bien que, « *si l'exécution cesse avant l'expiration normale du terme convenu, il y aura lieu à résiliation pour l'avenir, sans résolution dans le passé : l'exécution partielle est un fait acquis, qu'il est inutile d'effacer fictivement par des restitutions pécuniaires* ». Il fonde une telle solution sur la volonté implicite des parties et ne manque d'ailleurs pas de relever qu'une clause du contrat pourrait « donner l'indivisibilité à une prestation successive ».

Dans sa thèse à l'origine en droit du cautionnement de la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement, Christian Mouly¹ s'appuie essentiellement sur la doctrine de Georges Brière de l'Isle pour soutenir la naissance successive des créances dans le contrat à durée indéterminée. L'apport doctrinal de Christian Mouly ne peut donc en réalité pas être invoqué ici.

Martine Behar-Touchais² soutient comme Georges Brière de l'Isle la thèse périodique appliquée aux seuls contrats à durée indéterminée. Mais l'auteur ne se fonde pas sur une succession de contrat. Considérant que les parties disposent d'une faculté de résiliation unilatérale, l'auteur propose le fondement de la volonté des parties exprimée à chaque début de période par le non exercice de leur faculté de résiliation unilatérale, qui fait renaître pour la période suivante les obligations réciproques des parties.

Le fondement du non exercice de la faculté de résiliation devrait théoriquement impliquer la renaissance des obligations au jour de celui-ci. Mais cela signifierait que les obligations renaissent à chaque instant et pour une période de préavis. La faculté de résiliation peut en effet être exercée à tout moment et non pas seulement à chaque échéance contractuelle. Au moment de l'exercice de cette faculté, il est certain que le contrat s'exécutera pour la durée du préavis. Outre qu'il naîtrait une infinité d'obligations puisqu'il existe une infinité d'instant, elles se chevaucheraient les unes les autres puisqu'elles renaîtraient à chaque instant, mais pour une période de préavis, à chaque instant et pour trois mois par exemple.

Le fondement ne repose pas uniquement dans le non exercice de la faculté de résiliation, mais plutôt dans la volonté présumée des parties. Il est présumé que les parties ont entendu ne faire naître leurs obligations que pour une période contractuelle, un mois par exemple, et les faire renaître à l'issue de chaque période pour le cas où aucune d'entre elle n'aurait exercé sa faculté de résiliation. Plus encore, il est présumé que les parties ont voulu que, si l'une d'entre elles résilie, alors les obligations ne renaissent plus cycliquement, mais renaissent une dernière fois et pour la durée du préavis. Et la volonté présumée se complexifie davantage quand on songe que les parties ont dû prévoir le cas où la résiliation intervient en cours de période contractuelle. Qu'ont-elles entendu faire de la portion de mois déjà née qui se superposent à la durée du préavis ? Les parties ont-elles entendu opérer une révision rétrospective des obligations nées au début du mois au cours duquel intervient la résiliation ? Ou bien ont-elles entendu que, lorsque le préavis intervient en cours de mois, les obligations qui naissent de son exercice sont diminuées de la portion de mois restant à courir ? Nous le voyons ici, la naissance successive des créances n'est pas si évidente que cela, même dans les contrats à durée indéterminée.

Il nous semble que la proposition, certes très séduisante, repose en réalité mécaniquement sur une volonté présumée des parties qui se trouve obligée d'aller beaucoup trop loin. Les parties ont entendu faire naître deux obligations, le bailleur est obligé de procurer la jouissance, le locataire de payer le prix correspondant, ce jusqu'à l'expiration du délai de préavis. Elles n'ont pas réfléchi à des schémas compliqués. Elles ont simplement déterminé leurs obligations en fonction de deux facteurs, une équivalence stipulée, un prix de tel montant pour telle quantité, et de la survenance d'événements

¹ C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, th. 1979, n°252.

² M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41, n°21.

postérieurs. Il y a deux obligations dont les objets ne sont pas déterminés au jour du contrat, mais sont déterminables en fonction d'événements postérieurs. Il pourrait paraître incongru que l'objet soit déterminé en fonction de la volonté unilatérale des parties du fait de la faculté de résiliation unilatérale. Mais il sera que cela ne constitue pas un obstacle du fait de l'équivalence stipulée.

272. La justification et l'explication théorique d'une naissance de la créance pour le tout au jour du contrat à durée indéterminée nécessite une **mise en perspective** faisant appel à des éléments sous-jacents théoriques déjà abordés, mais également d'anticiper sur des points qui seront approfondis plus loin. Ainsi, en amont, le caractère profondément contingent de l'obligation fut précédemment abordé et mis en évidence à l'occasion de la réfaction de l'obligation¹. Son rappel s'avère utile pour comprendre que cette même contingence se retrouve ici et permet d'accepter la nature particulière de l'obligation issue du contrat à durée indéterminée. De même la démonstration d'ensemble concernant les contrats à durée déterminée² doit être rappelée car d'après nous la cohérence du système juridique et la fonction économique et financière que doit revêtir aujourd'hui la créance impliquent une naissance pour le tout au jour du contrat. En aval, c'est l'argument technique utilisé par les partisans de la thèse d'une naissance successive concernant la résiliation efficace du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée³ qui doit être quelque peu anticipé ici afin de le situer dans le cadre d'une réflexion théorique d'ensemble quant à la préservation de la cohérence du système juridique.

Il ressort de cette mise en perspective que la naissance instantanée pour le tout au jour du contrat représente un choix parfaitement justifiable (A) dont l'explication technique repose la nature particulière des obligations issues du contrat à durée indéterminée, des obligations à objet à formation progressive (B).

A. Le choix d'une naissance pour le tout au jour du contrat

273. À l'instar de Pascal Ancel, il nous semble que la cohérence du système de droit privé impose d'adopter une solution identique pour tous les contrats à exécution successive, qu'ils soient à durée déterminée ou à durée indéterminée. Là où nous divergeons de la position de l'auteur, c'est dans la date et le mode de naissance commun qu'il convient d'adopter. Pour Pascal Ancel, la naissance commune doit être successive, une renaissance cyclique à chaque terme périodique.

Nous adoptons plutôt la position d'Emmanuel Putman d'une naissance unique et pour le tout au jour du contrat. Ce choix nous semble en effet davantage correspondre à la cohérence d'ensemble du système de droit privé (1) et à la fonction économique du droit subjectif personnel (2).

1/ Un choix en cohérence avec le système de droit privé

¹ Cf. supra n°221 et s.

² Cf. supra n°90 et s.

³ Cf. infra n°370 et s.

274. Dans le système de droit privé, indépendamment du droit positif, au plan théorique, la solution qui s'imposerait sur le terrain de paiement ou du transfert de la créance, une naissance unique au jour du contrat, entre en conflit avec la solution qui s'applique en matière de résiliation du cautionnement.

Or, à choisir, il nous semble que le paiement et le transfert de la créance sont davantage symptomatiques de l'existence du concept de créance (a) que celui des effets de la résiliation du cautionnement dont on sait que la faveur pour la caution est source de torsions des mécanismes orthodoxes de droit (b). Dès lors, s'il fallait choisir, c'est davantage le terrain du cautionnement qui devrait s'interpréter par une fiction juridique de faveur, que le terrain du paiement ou du transfert de la créance issue du contrat à durée indéterminée.

a) Le rejet d'une fiction dans le transfert ou le paiement de l'obligation

275. Admettre qu'un paiement puisse éteindre valablement la créance avant sa naissance, c'est détruire le concept de créance. Admettre que la créance puisse être transmise d'un patrimoine vers un autre avant même qu'elle n'existe, c'est encore une fois détruire le concept de créance. **La fiction juridique n'est en la matière pas bienvenue.** La créance existe bel et bien. Il ne s'agit pas d'un cas de répétition de l'indu, le paiement, même fait par erreur, ne donne pas lieu à répétition.

Or, il nous apparaît que **le paiement unique de plusieurs mois de loyers dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée ne doit pas pouvoir donner lieu à répétition de l'indu** car la créance de loyers n'est pas conditionnelle, elle existe. Cela prouverait que les termes successifs de loyers sont déjà nés puisqu'ils peuvent valablement être payés. Ils naissent tous au jour du contrat.

Soutenir une naissance successive de la créance impliquerait une solution inverse. Le paiement d'avance de plusieurs mois de loyers sans que celui-ci n'ait été prévu au contrat, pourrait donner lieu à une action en répétition de l'indu.

276. L'analogie de situation avec les solutions rendues en matière de contrat à durée déterminée nécessite d'étendre les solutions adoptées pour ces derniers aux contrats à durée indéterminée. Les arrêts relevés en la matière concernaient certes des contrats à durée déterminée car il est rare aujourd'hui de rencontrer des contrats à durée indéterminée. Mais les arrêts n'opèrent aucune distinction dans leurs attendus de principe selon qu'il s'agit de contrats à durée déterminée ou indéterminée. Ils englobent dans la solution tous les contrats à exécution successive. Par exemple, l'arrêt de chambre mixte du 22 novembre 2002¹ qui était venu trancher la controverse énonce que *« la saisie attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit*

¹ Mixte 22 nov. 2002 n°99-13935, *BICC* n°569 du 15 janv. 2003, avis contraire de l'avocat général, Monsieur VIRICELLE, rapport Madame FOULON, *RTD civ.* 2003 p. 331, P. CROCQ, *RTD com.* 2003 p. 367, A. MARTIN-SERF, *D.* 2003, 445, C. LARROUMET, *D.* 2003 p. 1472, G. TAORMINA, *D.* 2002, 3270, A. LIENHARD, *JCP G* 2003 II 10033, D. HOUTCIEFF, *JCP E* n°11, 13 mars 2003, 397, D. LEGEAIS, *RTD civ.* 2003, 146, R. PERROT.

jugement » car « *la saisie avait définitivement produit son effet attributif avant ledit jugement* ». L'arrêt ne précise pas « la créance à exécution successive à durée déterminée ». Il s'agit de toute créance à exécution successive, que le contrat soit à durée déterminée ou non. En réalité, il nous apparaît que les arguments déployés au précédent chapitre pour démontrer la naissance pour le tout au jour de la convention pour le contrat à durée déterminée peuvent être étendus par analogie au contrat à durée indéterminée. Il sera vu à l'occasion des arguments techniques que même l'exigibilité immédiate, contre toute attente, n'est pas inconcevable dans le contrat à durée indéterminée¹.

277. La saisie par un créancier d'une créance à exécution successive doit poursuivre ses effets sur les termes postérieurs de loyers, que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée.

Considérer que la créance issue du contrat à durée indéterminée naît successivement impliquerait que le créancier saisissant ne puisse saisir que les mois antérieurs impayés ou en cours de loyers. Cela l'obligerait à renouveler la procédure de saisie chaque mois. Enfin, un autre créancier pourrait saisir avant lui les loyers postérieurs.

Comme le remarque **Raymonde Vatinet**², le droit positif est d'ailleurs en ce sens d'une naissance pour le tout au jour du contrat de la créance de salaires car la procédure de **saisie des rémunérations poursuit ses effets sur tous les salaires successifs jusqu'à complet paiement du créancier sans que celui-ci n'ait à renouveler la procédure chaque mois.**

La saisie ne peut s'effectuer que sur un bien qui existe déjà, que sur une créance qui se trouve déjà née. La cession au contraire peut porter sur une chose future, mais le transfert de propriété ne peut s'opérer qu'au jour de l'existence de la chose. Dès lors la cession d'une créance future est valable, mais n'est efficace qu'au jour de sa naissance. Si la créance est déjà née, la cession est immédiatement efficace et la créance immédiatement transférée dans le patrimoine du cessionnaire.

278. La cession d'une créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée doit être immédiatement efficace et en opérer un transfert pour le tout.

La cession Dailly ou la cession de droit commun des loyers successifs doit emporter leur transfert immédiat. À défaut, une cession postérieure ou une saisie postérieure pourraient peut-être faire échec à cette cession initiale. Surtout, l'ouverture d'une procédure collective, par l'effet de l'indisponibilité qu'elle emporte sur les biens de la personne en procédure collective, empêcherait toute efficacité d'une cession antérieure des loyers postérieurs si ces derniers n'étaient pas déjà nés.

Certes, le liquidateur peut rompre le contrat si les loyers ont été valablement transférés. Encore faut-il qu'il soit informé de l'existence de ce contrat et qu'il fasse diligence, ce qui ne va pas nécessairement de soi. Mais là n'est pas la question. Si la procédure dure une année et que le mandataire judiciaire s'aperçoit de l'existence du contrat en cours et de la cession par exemple effectuée au profit d'une banque, alors il pourra **exiger restitution de tous les termes perçus** par celle-ci au cours de l'année **si la créance n'était pas née pour le tout et n'avait pas été transférée**

¹ Cf. infra n°394 et s.

² R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 19, spéc. n°10 et 16 : « *La procédure de saisie ou l'avis à tiers détenteur n'ont pas à être renouvelés lors de chaque échéance successive. N'est-ce pas le signe de l'unité essentielle de la créance née du même contrat de travail ? (...) Une créance unique naît du contrat* ».

avant, tandis qu'il ne le pourra pas si elle l'avait été. Il ne nous semble pas crédible d'expliquer à un banquier cessionnaire que dans un cas il peut percevoir, par exemple, les loyers postérieurs à l'ouverture de la procédure, mais que dans l'autre il ne le peut pas car les loyers étaient issus d'un contrat à durée indéterminée. Il ne semble pas non plus crédible d'expliquer à ce même banquier qu'il doit restituer tous les loyers perçus par lui depuis l'ouverture de la procédure collective de celui qui les lui avait cédés, mais que dans un autre cas il ne doit rien restituer, au motif que dans la première hypothèse les loyers sont issus d'un contrat à durée indéterminée, tandis que dans la seconde ils sont issus d'un contrat à durée déterminée.

279. Admettre l'existence d'un paiement ou du transfert de propriété par saisie ou cession efficace ne peut d'après nous pas s'expliquer sur le terrain de la fiction juridique car le paiement et le transfert constituent des mécanismes trop symptomatiques de l'existence de la créance. **Expliquer son paiement ou son transfert par une fiction juridique revient à considérer que la créance elle-même n'est qu'une fiction, qu'elle n'existe pas réellement.** Nous ne pouvons l'admettre. Par contre, il est possible de considérer qu'une solution qui concerne l'efficacité de la résiliation d'un cautionnement repose quant à elle sur une fiction juridique car en la matière la fiction repose sur la particularité du cautionnement et ne heurte pas l'existence même de la créance au sein du système de droit privé.

b) L'admission d'une fiction dans la résiliation efficace de la caution

280. La naissance successive est généralement fondée par les auteurs sur les solutions adoptées en matière de résiliation unilatérale du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée par assimilation d'après nous inappropriée du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée à un cautionnement omnibus. La caution d'un contrat à durée indéterminée peut valablement résilier son engagement et se trouve déchargée pour le futur. Les auteurs en induisent que la créance inhérente aux échéances postérieures ne doit pas être née au jour de la résiliation à défaut de quoi la caution ne pourrait pas être déchargée.

Comme il sera vu, cette solution n'est pas expressément consacrée par le droit positif. Des indices sérieux sont en ce sens, tant en jurisprudence que dans la loi. Mais aucun arrêt n'a eu à trancher le cas du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée. Cependant, tous s'accordent pour que la résiliation de la caution soit efficace. Une telle solution s'impose, à défaut de quoi la caution serait engagée aussi longtemps que les parties au contrat principal poursuivent leur relation. Elle ne maîtriserait donc pas l'ampleur de son engagement.

281. Il n'est pas contestable que la caution qui résilie doit être libérée pour l'avenir. **Mais la solution ne se fonde pas sur la naissance successive de la créance. C'est une solution de faveur pour la caution.** Au regard de la logique pure du cautionnement, la caution sait à quoi elle s'engage, à couvrir le contrat aussi longtemps qu'il dure. Si elle ne souhaite pas être soumise à cela, il lui suffit de ne pas donner son cautionnement. C'est par égard pour la caution et pour son domaine d'application

que l'on admet qu'elle a pu ne pas s'attendre à couvrir le contrat aussi longtemps qu'il dure et dépendre ainsi dans l'ampleur finale de sa couverture du bon vouloir des parties au contrat principal.

Preuve en est que la même solution ne doit sans doute pas s'appliquer pour une sûreté réelle, telle une hypothèque. L'hypothèque peut porter sur une créance future. L'article 2423 du Code civil dispose que, « *lorsqu'elle est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement ».*

La jurisprudence n'a pas tranché la question, mais il nous semble que la constitution d'une hypothèque pour garantir le paiement du prix dans un contrat à exécution successive à durée indéterminée ne doit pas pouvoir donner lieu à résiliation. Elle garantit tout le prix de toute l'exécution, peu importe que celui-ci ne soit pas déterminé au jour de sa constitution. Certes il est vrai qu'elle est inscrite pour un montant précis qui doit être évalué lorsque la créance garantie n'est pas déterminée, mais qu'elle est seulement déterminable. Cela ne change rien à la problématique de la date de naissance de la créance. Le constituant ne doit pas pouvoir échapper à la sûreté réelle garantissant le prix dans un contrat à exécution successive à durée indéterminée. Cette créance de prix doit être née au jour du contrat et non pas successivement au fur et à mesure de son exécution. Peut-être la garantie n'ira-t-elle pas au-delà du montant inscrit, mais elle ne doit pas pouvoir aller en deçà du fait d'une résiliation intervenue en cours de garantie.

Nous le voyons bien, si l'efficacité de la résiliation s'impose pour la caution, mais ne s'impose pas autant pour l'hypothèque, c'est bien que la solution d'une résiliation efficace pour la caution repose en réalité sur autre chose que sur la prétendue date de naissance successive de la créance garantie.

282. À l'échelle du système de droit privé, une fiction qui libère la caution ne contrarie pas la cohérence d'ensemble car il est acquis depuis longtemps que la considération particulière de la caution peut justifier des entorses. En toute hypothèse la technique de la fiction utilisée pour justifier la libération d'une caution heurte nettement moins la cohérence du système juridique et l'existence même de la créance que l'utilisation de la fiction pour justifier un paiement avant naissance ou un transfert avant existence de la créance.

Ces choix sont en outre et contre toute attente en harmonie avec l'essence même du droit subjectif personnel.

2/ Un choix en harmonie avec la fonction économique de la créance

283. L'existence du bien que constitue cette créance afin qu'elle puisse être saisie et transférée relève d'une nécessité économique de la politique juridique. Choisir une autre alternative conduirait, soit à rendre fictif le droit de créance en admettant son transfert avant son existence, soit à porter atteinte au crédit en refusant les solutions proposées, le transfert efficace de la créance de prix à exécution

successive à durée indéterminée, qu'il s'agisse d'une saisie ou d'une cession. En effet, la créance ne pourrait plus être mobilisée valablement pour obtenir un financement. La banque qui prête n'aurait plus la garantie qu'elle attend d'une cession de créance puisque celle-ci stopperait ses effets au jour du jugement d'ouverture à cause de la durée indéterminée du contrat dont la créance serait issue. Une telle solution est inopportune économiquement. Les entreprises ne pourront plus se financer par transfert de la créance issue d'un contrat en cours à exécution successive à durée indéterminée. La créance de prix de l'exécution future ne peut alors plus être mobilisée pour financer le coût de cette exécution.

Pourtant, le crédit constitue une fonction cardinale de la créance dans notre système de droit privé. Il permet de croire en l'avenir, de croire en l'exécution future promise et protégée juridiquement.

Ce point de vue n'opère pas de distinction selon la nature du contrat passé, elle joue également pour les contrats à durée indéterminée. **L'argument d'opportunité économique**, consubstantiel de l'essence de la créance, commande donc que les créances issues d'un contrat à durée indéterminée soient nées pour le tout au jour du contrat. La promesse d'une certaine exécution future suffit à donner corps pour le tout à la créance, peu importe qu'on ne connaisse pas à l'avance la quantité future exécutée, puisqu'elle est dans tous les cas déterminable par l'équivalent stipulé. Il importe beaucoup cependant de ne pas porter atteinte au crédit qui sous-tend notre économie. Comme il a été dit, cela n'a pas de sens de refuser à un banquier le bénéfice des loyers futurs à lui cédés, au demeurant en échange du financement ayant permis la construction du bien loué, au motif que le contrat antérieur était à durée indéterminé et non pas à durée déterminée.

Une fois le choix opéré d'une naissance unique au jour du contrat et pour le tout de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive à durée indéterminée, il convient de l'expliquer. L'obligation qui naît ainsi pour le tout au jour du contrat comporte un objet de nature et de morphologie particulière, c'est une obligation à objet à formation progressive.

B. La voie d'une obligation à objet à formation progressive

284. C'est par la particularité de son objet que pourrait s'expliquer la naissance instantanée pour le tout au jour du contrat de l'obligation issue d'un contrat synallagmatique à durée indéterminée. Cette analyse apparaît conforme à l'essence du concept de droit subjectif personnel (1). L'objet d'une telle obligation n'est certes pas déterminé au jour du contrat, son montant global n'est pas connu, mais il est déterminable au stade de son exécution par la survenance d'un événement pouvant mettre fin au contrat ou par la résiliation unilatérale de l'une des parties, résiliation objectivée par l'équivalent stipulé au contrat (2).

1/ Une obligation envisageable au regard de l'essence de la créance

285. L'essence de l'obligation n'incorpore pas sa liquidité ou sa certitude absolue. Ces dernières ne sont que des caractères que la créance peut acquérir, mais qui ne sont pas nécessaires à sa naissance (a). Plus malléable et flexible, l'obligation a pour nature profonde une potentialité garantie par la protection juridique que lui octroie le système de droit privé et qui permet son existence (b).

a) L'éviction d'une liquidité définitive ou d'une certitude absolue

286. L'absence de certitude absolue de l'exécution et l'absence de liquidité constituent les causes de la réticence des partisans de la thèse d'une naissance successive de la créance à rejeter toute naissance pour le tout au jour du contrat dans les contrats à durée indéterminée.

Ainsi, dans leur traité sur le régime des créances et des dettes, Messieurs Ghestin, Billiau et Loiseau dans leur proposition quant à la date de naissance de la créance dans les contrats à exécution successive, qu'ils soient d'ailleurs à durée déterminée ou indéterminée. Les auteurs proposent le critère de déterminabilité de la quotité de la créance pour fixer sa date de naissance : « *Le critère qui permet de déterminer la date de naissance de la créance contractuelle est alors celui de la détermination de la quotité des prestations échangées ; sont-elles fixées lors de la rencontre des volontés ? Dans l'affirmative, les dettes naissent le même jour, sauf volonté contraire exprimée par les parties. Dans la négative, elles ne naissent que du jour où elles sont constatées, conformément aux stipulations contractuelles* »¹.

287. Mais comment les obligations pourraient-elles naître du jour où leurs quotités sont « constatées » alors qu'un constat présuppose l'existence de la chose qui en est l'objet, ou, autrement dit, pour que leurs quotités puissent être constatées, encore faut-il que les obligations concernées existent. Manifestation de leur naissance avant liquidité, les créances non encore liquides ont toujours pu faire l'objet d'une déclaration provisionnelle à l'ouverture de la procédure collective. Benoît Grimponprez observe que la détermination définitive de la créance ne saurait conditionner sa naissance. L'auteur remarque à cet égard que « *la pratique judiciaire de la révision des prix accentue ce phénomène de relative indétermination de l'objet monétaire* » dans le cas des contrats de mandat ou d'entrepreneur.

D'ailleurs, le législateur a lui-même reconnu que le critère de détermination des quotités pour fixer la date de naissance des créances contractuelles n'était pas pertinent. Ce critère fut introduit un temps par la loi du 26 juillet 2005 à l'art. L. 214-43 CMF qui prévoyait la poursuite des effets d'une cession de créance dans le cadre d'un fonds commun de créances en cas d'ouverture d'une procédure collective postérieure à la cession. L'article ménageait une exception « *lorsque ces créances (les créances cédées) résultent de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé* ». Il y avait là consécration de la proposition précitée de Messieurs Ghestin, Billiau et Loiseau, à défaut

¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU Grégoire, *Le régime des créances et des dettes*, traité, LGDJ, 2005, n°56.

de détermination du montant, la créance ne serait pas née et n'aurait pu être valablement transférée, de telle sorte que l'ouverture de la procédure fasse obstacle à son transfert ultérieur pour les créances déterminées donc nées postérieurement au jugement d'ouverture. Mais cette consécration législative ne fut au final que de courte durée puisqu'elle fut retirée par l'Ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008.

Même si elle ne nous convainc pas, la proposition des auteurs a l'avantage de mettre l'accent sur le cœur du problème. Est en cause la quotité des prestations qui n'est autre que **l'objet** des obligations. Or, qu'est-ce donc un problème de détermination des quotités, si ce n'est un problème de liquidité de l'objet des obligations, de leur quantification.

288. Cette difficulté à admettre l'existence de la créance en l'absence de sa liquidité trouve un certain écho par la pratique en droit des affaires. En la matière, la délivrance de **la facture** donne matériellement le sentiment de devenir débiteur et créancier car elle externalise le droit subjectif, lui donne corps. Cette impression qui saisira le néophyte du droit se trouve en réalité renforcée par la conjugaison des articles L. 441-3 et L. 441-6 du Code de commerce. Le second fixe d'abord un délai de paiement supplétif de volonté du prix de toute marchandise ou de toute prestation qu'il fixe à compter du jour de la livraison ou de l'exécution, le « *trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée* ». Il dispose ensuite d'un délai plafond en toute occurrence qu'il fait courir à compter de l'émission de la facture, 45 jours. Et l'art. L. 441-3 dispose de l'obligation d'émettre une facture, notamment que celle-ci doit être délivrée « *dès la réalisation de la vente ou la prestation du service* », ce qui implique certes qu'elle puisse être émise avant, mais lie tout de même fortement la délivrance de la facture à l'exécution de la prestation. Or, en calant directement ou indirectement le délai de paiement incarnant l'exigibilité sur la date d'exécution de la prestation, les dispositions légales créent **l'impression** pour le néophyte que la créance du prix naît du jour de cette exécution, que cette créance n'était pas née avant car l'impossibilité d'exiger le paiement confine à l'inexistence de la créance. Consolidant cette impression, le texte semble ne pas confondre naissance et exigibilité, puisque l'exigibilité n'intervient qu'à l'issue du délai légalement aménagé. Cette impression se trouve en plus renforcée par la jurisprudence qui n'admet que difficilement la fourniture d'une facture avant la livraison et considère que la stipulation d'après laquelle le délai contractuel de paiement court à compter de la date de facturation ne constitue qu'un rappel des dispositions légales applicables et ne permet pas au fournisseur d'exiger un paiement avant délivrance en adressant une facture avant livraison¹.

289. Au demeurant, l'absence d'un chiffrage définitif et certain au jour du contrat peut se retrouver pareillement pour les contrats à durée déterminée. Or, il a bien été démontré au chapitre précédent que les créances naissent pour le tout au jour du contrat les concernant. C'est que l'exécution future de la créance n'a pas besoin d'être absolument certaine pour que celle-ci existe néanmoins dès à présent. De même son chiffrage précis n'est pas nécessaire pour qu'elle puisse exister dès à présent.

Par exemple, lorsque le terme stipulé est un terme incertain comme le décès du preneur dans un bail à vie, il est immédiatement certain que les parties devront la jouissance et le paiement des loyers

¹ Rev. proc. coll. 2007, p. 181.

jusqu'au décès. Mais demeurent inconnus la quantité de jouissance et le nombre de loyers qui seront au final dus. Il n'y a pas de différence avec l'argument de certitude pour le contrat à durée indéterminée. Dans les deux cas, ce n'est pas une question de naissance de l'obligation, mais de formation de l'objet de l'obligation.

Certes on répliquera que dans un cas le montant est objectivement déterminé, tandis que dans l'autre il dépend de la résiliation unilatérale de l'une des parties. Malgré tout, nous ne sommes plus sur le terrain de la certitude de la créance, mais plutôt sur celui du mode de détermination de l'objet. Le problème est davantage de s'assurer si une détermination par résiliation unilatérale de l'une des parties, par un acte de volonté de l'une des parties, peut constituer une obligation valable. Il s'agit là d'un problème de validité au regard de la postestativité sur lequel il sera revenu de façon plus approfondie plus loin¹.

290. Pour achever de montrer que l'exécution aléatoire fait partie de l'essence de l'obligation et ne peut dès lors faire obstacle à sa naissance, il convient de rappeler que l'obligation peut présenter une certaine **contingence** dans son objet. Cette contingence de l'obligation fut mise en évidence à l'occasion de la réfaction du contrat à durée déterminée au précédent chapitre². L'obligation peut être cédée et changer de patrimoine, il n'en reste pas moins qu'elle porte en elle cette contingence dans laquelle on pourrait voir également une certaine flexibilité. Cette contingence, cette flexibilité sont généralement traduites par les exceptions inhérentes à la dette. Cela signifie simplement que la dette porte en elle une contingence et qu'elle peut, malgré son transfert ou sa saisie voir son objet diminuer ou disparaître pour différentes raisons.

Il peut survenir dans le cas du contrat à durée déterminée un cas de force majeure qui mette fin de façon anticipée au contrat. Les obligations seront révisées en conséquence. Il n'y avait pas pour autant absence de naissance pour autant comme nous avons eu l'occasion de le voir.

Certes, ces cas la réfaction sont objectifs et indépendants de la volonté des parties, tandis que la résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée est subjective puisqu'elle dépend de la seule volonté des parties. Mais alors que faire des contrats à durée déterminée dans lesquels une faculté de résiliation unilatérale est aménagée au profit de l'une des parties ? D'un côté les obligations sont liquides, on connaît la durée et le montant. D'un autre côté une partie ou les deux peuvent rompre le contrat unilatéralement malgré la durée déterminée. Cette faculté entraîne-t-elle une absence de naissance *ab initio* des obligations ou bien entraîne-t-elle une leur réfaction a posteriori si elle est mise en œuvre ? Il semble difficile de faire un choix ici.

291. En vérité, la créance n'a pas besoin d'être liquide pour exister. Fréquents sont les cas où la créance n'a pas de certitude absolue d'être exécutée. Même dans la vente, la chose peut périr alors que les risques étaient sur la tête du vendeur, auquel cas la créance de prix qui était pourtant née au jour du contrat de vente, disparaît. Ce n'est pas qu'elle n'a jamais existé parce qu'elle aurait dû naître par exemple au jour de la livraison, c'est que la disparition de la chose l'a fait disparaître. De nombreux exemples pourraient être déclinés en ce sens. La créance n'a pas nécessairement un objet

¹ Cf. infra n°356 et s.

² Cf. supra n°221 et s.

certain et liquide, cela ne l'empêche pas pour autant d'exister. La protection juridique que lui accorde le système de droit privé prouve cette existence. Cette protection procède de la nature et de l'essence du droit de créance. L'obligation incarne en droit davantage un potentiel qu'une certitude absolue. C'est d'ailleurs une grande partie de son intérêt car cela lui procure une certaine malléabilité.

b) L'identification d'un potentiel juridiquement protégé

292. Si la créance est contingence, c'est parce qu'elle est avant tout potentielle. Si elle peut être avant toute chose potentialité d'avenir, c'est grâce à sa protection juridique qui donne une certaine substance au futur, qui lui permet de l'anticiper. La protection juridique du présent quant au futur permet d'anticiper toute la potentialité du futur et de la retrouver dans la créance. Cette potentialité concerne bien entendu l'exécution de la créance elle-même, mais elle concerne aussi l'exécution de la prestation corrélative. Ce n'est pas le prix futur qui est précisément anticipé et incorporé dans l'objet, c'est tout le prix futur qui pourrait être dû en contrepartie des prestations reçues. Le prix et les prestations n'ont pas besoin d'être finis, délimités pour être inclus dans la créance, ils le sont dans leur potentialité encore informe et qui se déploiera avec l'exécution du contrat et de la prestation caractéristique. Cette potentialité de la créance quant à l'avenir est d'ailleurs corrélée par son gage, le patrimoine au sens d'Aubry et Rau, qui donne en garantie, non seulement les biens passés et présent, mais également tout bien futur du débiteur.

293. Cette double anticipation du futur, à la fois sur l'exécution de la créance elle-même, mais également sur la contreprestation, provient de la particularité de la source dont elle est issue, un **contrat synallagmatique**. Or la fonction du contrat est de maîtriser l'avenir, de garantir l'exécution future des obligations qu'il fait naître. Le synallagmatisme insert simplement une **équivalence** dans la substance de l'objet des obligations. Cette équivalence incorporant une référence à la contreprestation se traduit par une certaine forme de contingence de l'objet de l'obligation, voire de l'obligation elle-même lorsque toute sa substance disparaît. Nous avons déjà rencontré cette **contingence** à travers la **réfaction des obligations** dans les contrats à exécution instantanée et à durée déterminée. Nous la retrouvons maintenant sous une **autre forme**, la **formation progressive de l'objet**. Au lieu de prévoir quelque chose et de réviser par la suite, on aménage encore davantage de souplesse en ne prévoyant pas les quantités finales. Mais celles-ci n'en demeurent pas moins dans la substance de l'obligation elle-même sous forme de potentialité non encore définitivement déployée et figée.

294. Au regard de cette potentialité que constitue la créance, la protection qui lui est octroyée par le système juridique, la reconnaissance qu'il en fait, constitue un élément cardinal. C'est cette protection qui en fait sa valeur, qui fait qu'il est possible de croire que la créance sera exécutée et que la créance peut donc exister par l'anticipation raisonnable de cette exécution future. Bien entendu, il est possible de digresser sur les obligations naturelles, sur les obligations prescrites qui ont malgré tout une existence juridique très réduite, mais là n'est pas la question. L'essence d'une créance, c'est de recevoir la garantie de son exécution future par le système juridique. Le débiteur sera contraint

judiciairement de s'exécuter, d'une façon ou d'une autre. C'est cela qui donne véritablement corps à la créance, qui lui donne sa valeur, qui fait d'elle un bien pouvant circuler.

Or, la créance de loyer issue d'un contrat à durée indéterminée recevra une **protection juridique identique** à la créance issue d'un contrat à durée déterminée, la protection du paiement du prix de la jouissance des biens octroyée par le créancier. Cette garantie existe dès le contrat, indépendamment de la date d'exercice de la faculté de résiliation du contrat. **Dès le contrat, le bailleur est certain qu'il recevra la protection du système juridique pour le prix de l'occupation qu'il aura fournie, en vertu du contrat et au prix du contrat, telle somme d'argent par mois d'occupation, par semestre ou par année.** C'est cela qui forge la créance et permet sa circulation. À cet égard, il y a bien identité entre la créance issue du contrat à durée déterminée et celle issue du contrat à durée indéterminée. La seule différence provient du **mode de détermination des quantités** que seront fournies et dues. Mais cela n'a plus d'importance ici car cela relève de **l'objet de l'obligation** et non pas de l'obligation elle-même.

Dès le contrat, le locataire est obligé de payer tout le loyer correspondant à l'occupation qu'il aura reçu en vertu du contrat et au prix du contrat, que le contrat soit à durée déterminée et interrompu pour une cause de force majeure ou qu'il soit à durée indéterminée et interrompu par rupture unilatérale de l'une des parties.

295. Il y a lieu d'opérer une distinction entre ce que l'on devra et combien l'on devra, entre la jouissance que l'on devra procurer et la durée de cette jouissance qui devra être procurée, entre le loyer que l'on devra payer en contrepartie et le montant total des loyers qu'il faudra verser. Le premier définit suffisamment l'obligation qui incorpore à sa naissance le second. À la signature du contrat de bail par exemple il est certain que l'un devra procurer la jouissance du bien, l'autre en payer le loyer, les obligations sont nées. Mais comme le bail est à durée indéterminée, on ne sait pas encore quelle durée de jouissance devra être fournie au final et quel montant de loyers ou quel nombre de loyers seront dus. Cela relève de l'objet de l'obligation et ne conditionne pas sa naissance.

2/ Une obligation déterminable par la volonté unilatérale des parties

296. Nous expliquons les modalités particulières de naissance des créances dans les contrats à exécution successive à durée indéterminée par la nature particulière des obligations qui en sont issues quant à leurs objets, des obligations à objet à formation progressive.

Les obligations réciproques naissent donc toutes deux et pour le tout en principe au jour du contrat. Au jour de leur naissance, elles portent en elles toute la potentialité future inhérente à la durée potentielle du contrat. Bien que leur **objet** ne soit pas déterminé au jour de leur naissance, il est néanmoins **déterminable** puisqu'il dépendra de la durée finale du contrat, quelle que soit sa cause d'extinction, une cause extérieure, une inexécution ou encore l'exercice de la faculté unilatérale de résiliation.

297. Certes, il pourrait être répliqué que le mode de détermination est subjectif puisqu'il dépend de la volonté de la personne qui résilie. Mais ce facteur subjectif n'en est pas vraiment un car l'équivalence stipulée empêche que la partie décide seule de l'avantage qu'elle retirera du contrat. L'objectivité de l'équivalence stipulée inhibe la subjectivité de la faculté de résiliation unilatérale qui met fin, non pas à la seule dette du résilient, mais également à la créance réciproque dont il reçoit l'exécution en retour. Autrement dit, le caractère unilatéral de la résiliation n'est pas un obstacle. Il sera vu que la potestativité ne fait ici pas obstacle à la naissance de la créance dont l'objet serait perfectionné par résiliation unilatérale de son débiteur dans la mesure où il ne détermine pas arbitrairement le montant de sa dette puisqu'il aura bien payé le loyer convenu initialement pour l'occupation qui lui aura été octroyée¹. Il en aurait été différemment s'il avait entendu payer ainsi la moitié du loyer convenu par rapport à l'occupation qu'il avait reçu en échange. Il y aurait alors eu potestativité.

Ce ne sont donc pas les obligations réciproques qui vont naître successivement, ni même de façon continue. Elles naissent de façon instantanée et pour le tout au jour du contrat. Elle comporte alors tout le potentiel des futures périodes d'exécution. Ce sont les objets qui se préciseront avec le temps. Autrement dit, les créances issues d'un contrat à durée indéterminée naissent avec un objet flexible perfectible avec le temps.

298. C'est dans l'immédiat cette particularité de l'objet que nous souhaiterions conforter. **L'objet n'évolue pas en valeur. Il n'y a pas dette de valeur. Il évolue en substance**, dans sa matière intrinsèque. Il croît avec le temps au fur et à mesure qu'aucun incident ne survient et que les parties n'exercent pas leur faculté de résiliation unilatérale. Il n'est pas possible de prouver directement que les obligations issues du contrat à durée indéterminée naissent de cette façon et pour le tout au jour du contrat, il est possible de prouver cependant que ce type d'obligation particulière existe déjà en droit, en matière extracontractuelle.

§ 2 : L'existence de l'obligation extracontractuelle à objet à formation progressive

299. **La créance de réparation présente fréquemment en droit de la responsabilité délictuelle une physionomie particulière.** Née pour le tout au jour du dommage initial, son objet évolue au fur et à mesure de la survenance aléatoire des préjudices subséquents et futurs. **C'est une obligation à objet à formation progressive.** Cette particularité de la créance se distingue du mécanisme de la dette de valeur généralement appliquée à tort à cette créance de réparation.

Par ailleurs, la créance de réparation **illustre également la tendance à refuser d'admettre l'existence de la créance tant qu'il n'y a pas liquidation apparemment certaine.** Les acteurs du monde juridique rebutent en effet souvent à admettre l'existence de la créance de réparation avant la survenance du jugement de condamnation.

¹ Cf. infra n°356 et s.

Sur le plan sous-jacent de la cohérence d'ensemble du système de droit privé quant à la date de naissance de la créance, il pourrait paraître anachronique de discuter encore la date de naissance de la créance de réparation. La question n'a-t-elle pas été épuisée ? Ne sait-on pas depuis longtemps que la créance ne naît pas du jugement de réparation ? Tel n'est pas le cas. Cette question fait encore l'objet d'hésitation. Il est encore soutenu de nos jours que la créance naît du jugement de condamnation¹. Tel n'est pourtant pas le cas.

Il résulte du droit positif que la créance de réparation naît immédiatement en incorporant tous les préjudices futurs (A). Mais comme l'ampleur de ces préjudices futurs ne peut être immédiatement prévue, l'objet de cette obligation est en fait à formation progressive (B), il varie dans sa substance et non seulement dans sa valeur.

A. Une naissance au jour du dommage incorporant les préjudices futurs

300. Divers arguments de droit positif montrent que la créance de réparation naît au jour du dommage initial (1) et qu'elle incorpore dès cette date la réparation de tous les préjudices potentiels futurs, bien qu'ils ne soient pas encore survenus (2).

1/ La naissance de la créance de réparation au jour du dommage initial

301. La naissance immédiate de la créance de réparation des préjudices futurs se manifeste par un double mouvement. D'un côté les préjudices futurs peuvent faire l'objet d'une condamnation judiciaire immédiate à réparation (a). D'un autre côté, la réduction a posteriori de cette condamnation judiciaire ne semble pas possible (b).

a) La possible condamnation immédiate à réparer les préjudices futurs

302. Tous les cas de responsabilité n'impliquent pas l'existence de préjudice futur. Cela nécessite un minimum de complexité qui se trouve cependant fréquemment atteint. Un dommage corporel engendrera presque systématiquement des préjudices futurs. Il est même des chefs de préjudice qui impliquent un caractère au moins partiellement futur dans leur manifestation comme par exemple le préjudice d'agrément : l'impossibilité de pratiquer un sport génère un préjudice d'agrément passé, présent et futur pour la pratique qui ne pourra plus s'effectuer dans l'avenir. Même le cas plus simple de l'atteinte à un bien peut générer un préjudice futur lorsque ce bien est frugifère et que le dommage empêche ou diminue la production de fruits pour l'avenir.

¹ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé*, th. LGDJ 2010.

303. La condamnation immédiate à la réparation des préjudices futurs fut posée par un arrêt de principe du 1^{er} juin 1932¹ : « *s'il n'est pas possible d'allouer des dommages intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate* ». Il s'agissait de l'indemnisation du propriétaire d'un terrain suite à l'installation sur son terrain de lignes électriques haute tension. La condamnation couvrait non seulement le dommage actuel de dépréciation de la valeur, mais également les dommages futurs qui seront occasionnés par la surveillance et l'entretien du réseau. La solution fut ensuite confirmée dans de nombreux d'arrêts², « *la jurisprudence est unanime* » comme le soulève Messieurs Mazeaud et Chabas³. L'avant-projet Catala reprend cette jurisprudence en son art. 1345 al. 1^{er} et les principes Unidroit prévoient expressément la réparation du préjudice futur à leur art. 7-4-3.

Le préjudice n'a donc pas besoin d'être actuel pour répondre à la condition de certitude nécessaire à son indemnisation. Or, comme le font remarquer Geneviève Viney et Patrice Jourdain⁴, la condition de certitude du dommage ne correspond pas à un caractère particulier, mais à sa simple existence, et s'oppose en cela au dommage hypothétique. C'est dire que **le préjudice futur, bien que matériellement futur, est d'ores et déjà juridiquement incorporé au dommage actuel que doit effacer la créance de réparation.**

304. Une supposée naissance successive de la créance de réparation au fur et à mesure de la survenance des préjudices impliquerait que le jugement puisse être constitutif, car, en condamnant le responsable au paiement d'une créance qui n'existerait pas encore, il serait constitutif d'une créance judiciaire qui anticiperait la naissance future de la créance de responsabilité. En effet, la condamnation à un paiement implique l'existence d'une créance objet de ce paiement. Si la créance de responsabilité n'existe pas encore, c'est que la créance à laquelle le responsable est condamné naît du jugement.

Or, le jugement de condamnation n'est pas constitutif, mais déclaratif d'un droit préexistant. Même la thèse hybride ne constitue en réalité qu'une présentation plus élaborée de la nature déclarative du jugement. Il s'ensuit que, puisque le jugement de condamnation est déclaratif d'un droit préexistant d'une part, et peut condamner immédiatement à la réparation ou à l'indemnisation des préjudices futurs, c'est que la créance de réparation comprend la réparation de tous les préjudices futurs, sans quoi le jugement de condamnation ne pourrait les englober et il faudrait attendre leur survenance pour qu'ils puissent faire l'objet de jugements successifs, au fur et à mesure de la manifestation des préjudices.

¹ Req. 1^{er} juin 1932, *D.* 1932, I, 102, rapp. PILON, *LGP* 1932 p. 363, *D.H.* 1932, 377.

² Notamment : civ. 2, 9 nov. 1972, *JCP G* IV p. 294 pour une condamnation du responsable de l'accident à verser à la caisse les frais futurs qu'elle devra assumer ; civ. 2, 15 déc. 1972, *JCP G* 1972, IV p. 30 ; crim. 24 février 1970, *JCP G* 1970 II 16453 pour l'indemnisation de la veuve de la perte d'une chance de voir son mari, interne des hôpitaux de Paris, réussir une carrière brillante ; civ. 2, 13 mars 1967, *D.* 1967, 591, pour le préjudice futur du raccourcissement de l'existence inhérent à l'ablation de la rate.

³ MAZEAUD et CHABAS, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, 1998, 20^{ème} leçon, n°411.

⁴ G. VINEY et Patrice JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, traité LGDJ 4^{ème} éd. 2013, n°385.

305. Si le législateur ne peut supprimer une créance d'ores et déjà née, le délai de prescription ne peut menacer une créance qu'à la condition qu'elle existe. C'est également pour cette raison qu'est déjà née la créance d'indemnisation d'un préjudice futur dont le dommage initial s'est déjà produit.

Dans un arrêt de 2009¹, la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond d'avoir fait courir le délai de prescription à compter du jour du dommage, pour l'indemnisation d'un préjudice qui n'était intervenu que postérieurement. Un couple avait contracté emprunt. Suite à la perte d'emploi du mari, des difficultés financières étaient apparues et les époux avaient in fine vendu un immeuble à perte pour rembourser l'emprunt. Ils poursuivaient ensuite la banque en responsabilité pour ne pas avoir conseillé de souscrire une assurance perte d'emploi. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, les déclare irrecevables pour cause de prescription de l'action. Le délai de prescription applicable était de 10 ans, le prêt datait de 1990, les premières difficultés de 1993, la vente à perte de 1996 et l'action avaient été intentée en 2004. Le préjudice allégué et dont l'indemnisation était demandée résidait dans la vente à perte et datait de 1996, soit moins de 10 ans avant l'action des époux. Mais les juges déclarèrent l'action irrecevable car ils estiment que le caractère dommageable à compter duquel devait courir le délai de prescription résidait et était apparu avec les premières difficultés financières, soit en 1993. Et l'arrêt est rendu au chapeau interne suivant : « *attendu que la prescription d'une action en responsabilité court à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance* ».

Le délai de prescription courait donc à compter du dommage, même pour l'indemnisation du préjudice postérieur de 3 ans de la vente à perte de l'immeuble. Or, le délai de prescription ne peut courir avant la naissance du droit qu'il entend prescrire, ce en vertu de l'adage *actioni non natae*². Il s'ensuit mécaniquement que la créance de réparation pour vente à perte de l'immeuble était née avant ladite vente dès le jour de survenance du dommage initial, les difficultés financières, dont le préjudice de vente à perte n'était que l'une des conséquences prévisibles, ce pourquoi la méconnaissance ne pouvait non plus paralyser en l'espèce la prescription.

Si la menace d'extinction par le délai de prescription implique que la créance de réparation des préjudices futurs soit d'ores et déjà née, cette naissance immédiate se manifeste aussi par la protection du droit communautaire qui s'oppose à toute atteinte arbitraire et disproportionnée à la propriété d'un bien, y compris à la propriété du bien que constitue la créance.

b) L'impossible réduction de la créance de réparation des préjudices futurs

306. Les vagues actuelles en jurisprudence causées par le **choc de la loi « anti-Perruche » avec la jurisprudence Perruche** prouvent la naissance au jour du dommage de la créance de réparation et l'incorporation dans cette dernière de tous les préjudices futurs. La créance naît immédiatement et incorpore virtuellement la réparation de tous les préjudices qui surviendront dans l'avenir.

¹ Civ. 1, 9 juill. 2009, n°08-10820, P, *JCP G* 2009 n°31-35 p. 12, L. DUMOULIN, *D.* 2009, 1960, X. DELPECH, *RTD civ.* 2009, 729, P. JOURDAIN.

² Au demeurant, il est de bon sens de considérer qu'il est impossible de menacer un droit d'extinction ou plutôt d'inefficacité avant même que ce droit n'existe car, s'il n'existe pas, on ne peut pas encore le menacer de mort.

307. Une faute du médecin dans le diagnostic prénatal avait empêché la mère de pratiquer un avortement thérapeutique. Il en avait résulté la naissance d'un enfant handicapé. Par l'**arrêt Perruche du 17 nov. 2000**¹, l'assemblée plénière de la Cour de cassation consacrait la possibilité pour l'enfant d'obtenir l'indemnisation de son préjudice par la mise en œuvre de la responsabilité pour faute du médecin.

L'affaire avait mis en émoi les médias et l'opinion publique qui trouvaient amoral de permettre ainsi la réparation de la naissance d'un enfant, mais également les compagnies d'assurances qui criaient à l'envol des tarifs dus par les médecins devant l'accroissement de leur responsabilité. Mais c'était oublier que ce n'était pas la naissance qui était indemnisée, mais le handicap de l'enfant. Celui-ci n'était pas remboursé de son alimentation, de son logement, des frais inhérents à son existence même, mais des installations et soins spécifiques que nécessite son handicap, de sorte que ce n'était pas l'existence qui était indemnisée, mais le seul handicap. D'ailleurs, la jurisprudence a toujours refusé d'indemniser la naissance d'un enfant sain des suites d'un échec d'avortement ou de stérilisation². C'était encore oublier qu'il s'agissait d'un cas de responsabilité pour faute du médecin, faute qui résultait d'une incurie particulièrement lourde dans l'affaire Perruche puisqu'il s'agissait d'une erreur dans le dépistage de la rubéole de la mère en cours de grossesse.

Quoi qu'il en soit, les passions l'emportèrent sur la raison et la **Loi du 4 mars 2002**³ sur la protection du droit des malades mis à bas la jurisprudence Perruche dans son art. 1^{er} où elle consacre l'irresponsabilité des professionnels de la santé eu égard à la naissance handicapée d'un enfant des suites d'une faute dans le diagnostic prénatal et renvoie à la solidarité nationale pour l'indemnisation forfaitaire de l'enfant handicapé⁴.

308. La loi s'appliquait immédiatement à toutes les instances en cours, ce qui constituait un problème au regard du premier Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège la propriété des biens, et par conséquent la propriété des créances car ces dernières sont

¹ AP 17 nov. 2000 n°99-13701, P, JCP G 2000 II 10438, comm. J. SAINTE-ROSE, F. CHABAS, P. SARGOS, D. 2000, 5, D. MAZEAUD, D. 2000, 336, P. JOURDAIN, D. 2001, 332, D. MAZEAUD et P. JOURDAIN, conc. SAINTE-ROSE, Def. 2001, 281, L. AYNÈS, Dr. et pat. 2001, n°89, p. 107, F. CHABAS, Dr. famille 2001, comm. 11, P. MURAT, GP 2001, p. 26, J. GUIGUE, JCP G 2001 I 286, G. VINEY, JCP G 2001 I 287, P.-Y. GAUTIER, JCP G 2001 I 293, P. MURAT, Méd. et droit 2001, n°46, p. 2, F. DREIFUSS-NETTER, LPA, 8 déc. 2000 n°245, p. 9, M. GOBERT, RTD civ. 2001, 226, R. LIBCHABER, arrêt de cassation : « Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

² G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, traité LGDJ 4^{ème} éd. 2013, n°249-2.

³ Art. 1^{er} loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé :

« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer. Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation ».

⁴ L'enfant ne peut plus obtenir du médecin l'indemnisation de son propre préjudice. Les parents quant à eux ne peuvent plus obtenir la réparation de leur préjudice matériel résultant de la prise en charge de leur enfant handicapé. Seul leur préjudice moral peut éventuellement être réparé, à la condition de prouver, non pas une faute simple, mais une faute caractérisée du médecin.

constitutives d'un bien. C'est ainsi que la France fut condamnée en 2005 par la CEDH dans l'affaire Draon¹ où l'application de la loi précitée du 4 mars 2002 à un enfant née avant ladite loi conduisait à supprimer sa créance de réparation sans prévoir de compensation pécuniaire satisfaisante. Le recours à la solidarité nationale ne permet en effet qu'une indemnisation forfaitaire loin d'égaliser l'indemnisation intégrale que couvrait la créance de réparation détruite par la loi.

Par la suite, la Cour de cassation rendit toute une série d'arrêts² pour consacrer l'inapplicabilité de la loi du 4 mars 2002 aux enfants handicapés nés avant l'entrée en vigueur de la loi, ce malgré la lettre de son art. 1^{er} qui prévoyait son application aux instances en cours, a fortiori aux enfants nés avant l'entrée en vigueur et qui n'avaient pas introduit d'action en justice. En effet, cet article de la loi devait rester lettre morte car, en portant atteinte à la créance de réparation de la victime, il violait l'art. 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'attendu de l'un des arrêts de la cour de cassation ayant suivi la condamnation par la CEDH mérite ici d'être reproduit pour en extraire l'apport complet de cette jurisprudence au regard de la date de naissance de la créance de réparation :

« Attendu, cependant, que dès lors que la faute ... avait empêché celle-ci (la mère) d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ... afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap et ... que ... les parents pouvaient, avant l'entrée en vigueur de la loi susvisée, demander la réparation des charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, causées par la faute retenue ».

309. Quant à la date de naissance de la créance, l'application de la loi est écartée car elle conduirait à supprimer le bien que constitue la créance de réparation. Ceci suppose que la créance est déjà née pour qu'elle puisse constituer un bien. **La créance est née au jour du dommage que constitue la naissance handicapée de l'enfant.** C'est pourquoi Mireille Bacache explique que *« la césure devrait désormais se faire entre les enfants nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, qui continuent de relever des règles dégagées par la jurisprudence Perruche et ceux qui sont nés après le 7 mars 2002 soumis désormais aux dispositions de son article 1^{er}. La jurisprudence Perruche a encore de l'avenir. Elle s'applique à tous les enfants nés avant le 7 mars 2002 et qui peuvent intenter l'action dans les dix ans de leur naissance, sachant que le délai est suspendu par la minorité »*³.

Quant au contenu de la créance protégée, il résulte de la lettre de la jurisprudence que **la créance de réparation concerne la réparation de tous les préjudices, y compris ceux postérieurs à**

¹ CEDH 6 oct. 2005 req. n°1513/03, affaires Draon c. France et Maurice c. France, *RTD civ.* 2005, 743 obs. J.-P. MARGUENAUD, *JCP G* 2006 I 109, F. SUDRE.

² Civ. 1, 21 janv. 2006 n°03-11917, P, civ. 1, 24 janv. 2006 n°01-13684, 02-13775 et 02-12260, P, *D.* 2006, 325, I. GALLMEISTER, *Dr. famille* 2006, comm. 105, B. BEIGNIER, conc. J. SAINTE-ROSE, *Resp. civ. et assur.* 2006, comm. 24 et 94, C. RADÉ, *JCP G* 2006, II 10062, A. GOUTTENOIRE et S. PORCHY-SIMON, civ. 1, 30 oct. 2007 n°06-17325, P, la motivation d'une « révélation du dommage ... nécessairement antérieure à l'entrée en vigueur de la loi » est cependant critiquable car le caractère connu du dommage ne change rien à son existence et par suite à l'existence de la créance de réparation qu'il fait naître. Voir également civ. 1, 8 juill. 2008, n°07-12159, FP-P+B+R+I, *RLDC* janv. 2009 p. 96, J.-S. BORGHETTI, *D.* 2008, 2765, S. PORCHY-SIMON, *JCP G* 2008 I 186, P. STOFFEL-MUNCK, *JCP G* 2008 II 10166, P. SARGOS et rapp. C. MELLOTTÉ, *Resp. civ. et assur.* 2008, comm. 329, C. RADÉ.

³ M. BACACHE, *La responsabilité civile extracontractuelle*, traité Economica, 2^e éd. 2012, n°650 in fine.

l'entrée en vigueur de la loi car il est question dans l'arrêt précité de toutes les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, or, de toute évidence, sa vie s'est poursuivie au-delà de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, la réparation incorpore donc les charges postérieures à l'entrée en vigueur de la Loi.

Dans ces affaires, la créance de réparation naît au jour du dommage que constitue la naissance handicapée et porte sur la réparation de tous les préjudices futurs. À défaut, si la créance naissait au fur et à mesure de la survenance des préjudices, alors la loi ne serait inapplicable que pour les préjudices qui se seraient manifestés avant l'entrée en vigueur de la loi, les seuls biens existant à cette date et auquel il serait porté atteinte par la loi. Mais la loi serait bien applicable pour les préjudices qui ne se seraient pas encore manifestés, notamment les charges futures dues au handicap, car étant postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, ils ne constitueraient pas des biens susceptibles de protection avant sa survenance et la loi ne les supprimerait pas dans ces conditions, mais les empêcherait de naître pour l'avenir. Tel n'est pas le cas. Il n'est pas opéré de scission entre les préjudices antérieurs à la loi et les préjudices postérieurs. C'est donc bien que le dommage initial, la naissance handicapée de l'enfant, donne naissance à une créance unique de réparation de tous les préjudices, passés, présents et futurs, en l'espèce les charges générées par le handicap tout au long de la vie de l'enfant. La créance de réparation ne naît pas des préjudices subséquents, mais pour le tout à la date du seul dommage initial. Il est déjà possible de pressentir l'intérêt de distinguer sur le plan terminologique le dommage des préjudices quant à la date de naissance de la créance.

310. Pour finir, le raisonnement précédemment déployé ne se limite pas aux cas de naissance d'un enfant handicapé. La loi du 4 mars 2002 a constitué un véritable recul du droit positif quant à la responsabilité des professionnels de la santé et par conséquent de l'indemnisation des victimes. La loi du 4 mars 2002 met également fin à l'obligation de sécurité de résultat que faisait peser la jurisprudence sur les médecins en matière d'infections nosocomiales. Elle impose d'en revenir à un système de responsabilité pour faute prouvée, ce qui implique qu'il ne s'agit plus d'une obligation de sécurité de résultat, mais de moyen. Et la loi prévoit son application en la matière à tous les actes médicaux accomplis à compter du 5 sept. 2001¹. Or, en la matière, l'infection se trouve nécessairement concomitante de l'acte médical ayant permis l'invasion des microbes dans l'organisme. Les créances des réparations naissent donc des actes médicaux pratiqués. Il en résulte que la loi devrait être inapplicable pour tous les actes médicaux pratiqués avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002.

2/ Les préjudices subséquents faisant croître l'objet de la créance de réparation

311. La plupart des auteurs utilisent les termes « dommage » et « préjudice » comme synonymes² et certains prennent explicitement position pour refuser de les distinguer¹. Les travaux d'harmonisation

¹ Art. 3 de la loi n°2002-1577 du 30 déc. 2002 venu modifier la loi du 4 mars 2002 sur le droit des malades.

² P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », in colloque sur la date de naissance de la créance, *LPA* 2004, n°224, p. 49. E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. 1987.

G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, traité LGDJ, 4^{ème} éd. 2013, n°248 et 249.

européenne refusent de les distinguer, montrant une préférence pour conserver le seul terme de préjudice. La distinction n'emporterait pas de « *conséquences substantielles et concrètes* »². La jurisprudence utilise ainsi indifféremment l'un ou l'autre des termes. Deux arrêts d'assemblée plénière du 6 avril 2007³, qui mettaient fin à une déviance de la 2^{ème} chambre civile en matière d'accidents de la circulation⁴, en constituent un bon exemple. L'un des arrêts utilise le terme de « dommage »⁵, tandis que l'autre utilise le terme de « préjudice »⁶ dans des affaires en tout point similaires en fait et en droit.

312. Un courant doctrinal minoritaire prône cependant pour une distinction des concepts. Le dommage résiderait dans l'atteinte à une personne ou à une chose tandis que le préjudice consisterait dans les conséquences patrimoniales ou extrapatrimoniales de cette atteinte⁷. Le dommage serait une notion purement factuelle ou matérielle sans inférence juridique, tandis que le préjudice serait une notion juridique permettant d'ouvrir un droit à réparation⁸. L'intérêt de la distinction reposerait donc sur l'ouverture du droit à réparation pour lequel le constat du seul dommage ne suffit pas, il faut qu'il y ait des chefs de préjudices réparables. Toutefois, comme le soulève Mireille Bacache⁹, le droit positif tend à rendre indemnisables toutes sortes d'atteintes si bien que rares seront les dommages ne pouvant donner lieu à réparation.

Yvonne Lambert-Faivre¹⁰ aspire à une consécration de la distinction pour permettre un retour à une cohérence méthodique en matière d'indemnisation du préjudice corporel car elle pousserait le juge à ventiler l'indemnité qu'il octroie à la victime en différents chefs de préjudices. Le problème qui se

¹ C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, th. PUAM 2002, n°18. X. PRADEL, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, th. LGDJ 2004, n°15. Les deux auteurs concluent à l'absence d'incidence d'une distinction des notions et utilisent en conséquence indifféremment l'un ou l'autre des termes dans leurs thèses.

H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, 1998, p. 412. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd. 2012, n°671. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *le fait juridique*, 14^{ème} éd., Sirey 2011, n°133.

² *Terminologie contractuelle commune : Projet de cadre commun de référence*, Association Capitant, Société de législation comparée, 2008, p. 333, « Préjudice ».

³ AP 6 avril 2007 n°05-81350 et 05-15950, P. D. 2007, 2906, P. BRUN, D. 2007, 1839, H. GROUDEL, JCP G 2007 II 10078, P. JOURDAIN, JCP G 2007 I 185, P. STOFFEL-MUNCK, LPA 2007, n°232, p. 202, P. CASSON, LPA 2007, n°233, p. 11 et s., Y. DAGORNE-LABBÉ, *Resp. civ. et assur.* 2007, repère 7, comm. 212, H. GROUDEL, RLDC 2007/38, n°2522, C. KLEITZ-BACHELET, RTD civ. 2007, 789, P. JOURDAIN.

⁴ La 2^{ème} chambre civile privait systématiquement le conducteur en état d'ébriété de tout ou partie de son indemnisation des suites de l'accident alors même qu'il n'avait commis aucune faute de conduite, que l'accident était entièrement dû à la faute d'un autre conducteur. Une telle sanction relevait du seul domaine du droit pénal et non pas de celui de la responsabilité civile.

⁵ AP 6 avr. 2007 n°05-81350 : « Attendu qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où elle a pu déduire l'absence de lien de causalité entre l'état d'alcoolémie d'Hervé Z... et la réalisation de son dommage... ».

⁶ AP 6 avr. 2007 n°05-15950 : « Mais attendu qu'après avoir examiné les circonstances de l'accident d'où elle a pu déduire l'absence de lien de causalité entre l'état d'alcoolémie du conducteur victime et la réalisation de son préjudice... ».

⁷ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2009, n°174.

⁸ S. ROUXEL, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, th. 1994, p. 11.

⁹ M. BACACHE, *La responsabilité civile extracontractuelle*, traité Economica, 2^e éd. 2012, n°305.

¹⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Précis Dalloz, 7^{ème} éd. 2011, n°86. L'anarchie en matière d'indemnisation posait un véritable problème en matière de recours des tiers payeurs. Le juge prononçait une condamnation globale sans distinguer les différents chefs de préjudices indemnisés. Des tiers payeurs qui avaient indemnisé la victime exerçaient leur recours subrogatoire sur cette indemnité. Or, si la condamnation était globale, les prestations assumées par les tiers payeurs ne le sont pas et concernent seulement certains chefs de préjudices. Mais la globalité de la condamnation leur permettait néanmoins d'exercer leur recours sur des parties du préjudice qu'ils n'avaient pourtant pas eux-mêmes réparées. C'est ainsi que l'assurance maladie ayant versé des indemnités journalières compensant la perte économique de salaire pouvait se rembourser sur des parties de l'indemnité censées réparer le préjudice personnel esthétique ou encore d'agrément. Il en résultait une prise de conscience de la doctrine d'une nécessité de détailler les condamnations en indemnisations de préjudices corporels par des chefs de préjudices systématisés. C'est en cela que la distinction entre le dommage et le préjudice pouvait s'avérer utile car elle permettait de pousser le juge à la réflexion et à la ventilation de l'indemnité qu'il octroyait.

posait, le recours des tiers payeurs sur des chefs de préjudices qu'ils n'avaient pas eux-mêmes réparés, se trouve cependant aujourd'hui résolu par l'art. 25 de la loi n°2006-1640 du 21 décembre 2006 qui dispose que « *les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel* ».

313. Il ne semble pas que le dommage puisse se réduire à du factuel et le préjudice à du juridique. La distinction vue sous cet angle apparaît quelque peu factice. D'un côté, le dommage constitue en lui-même un préjudice réparable, ce qui explique la jurisprudence rendue en matière d'atteinte à la vie privée qui, du seul fait de ce dommage, décide qu'il y a lieu d'indemniser sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence d'un préjudice¹. D'un autre côté, il nous semble que la perte de revenus subséquente d'un dommage corporel constitue une donnée également factuelle et non pas simplement juridique, l'argent qu'on ne perçoit pas ou plus.

Par contre, il y a lieu de reprendre et approfondir le caractère second du préjudice par rapport au dommage. Il a en effet été démontré que la créance de réparation naissait du dommage premier et absorbait tous les dommages subséquents, c'est-à-dire ceux qui suivent, qui ne sont que la conséquence du premier. Ces dommages seconds ne font pas naître une nouvelle créance d'indemnité, ils sont déjà incorporés dans la créance de réparation.

Il en résulte que le dommage constitue l'atteinte première portée à la victime ou à ses biens. C'est cette atteinte qui achève de former le lien de droit. Celui-ci avait commencé de se constituer par la commission par le responsable d'un fait susceptible de créer des dommages pour autrui et d'engager sa responsabilité. Mais, si la source de la responsabilité existait alors déjà, elle n'était pas suffisante pour constituer un lien de droit complet, il manquait dans la structure la désignation de la victime avec laquelle doit être lié le responsable. C'est la survenance de ce premier dommage, de cette atteinte initiale qui achève de former le lien de droit, la créance de réparation par désignation de son créancier. La « *situation dommageable* »² qu'engendre le dommage initial n'est autre que la naissance de la créance de réparation. Cette créance existe déjà, mais son objet n'est pas encore figé. Celui-ci évoluera en fonction de l'ampleur des préjudices subséquents subis par la victime.

Le ou les préjudices ne sont donc que les conséquences, les suites du dommage initial. Ils sont en cela liés au dommage par le même lien de causalité qui rattache le dommage au fait dommageable. Seuls les préjudices présentant un lien de causalité suffisant avec le dommage initial entreront dans l'objet de l'obligation de réparer. Les préjudices forment donc l'objet de la créance de réparation.

314. Un arrêt de la 2^{ème} chambre civile du 24 févr. 2005³ vient confirmer le rôle central du dommage constituant la seule date de naissance de la créance de réparation ainsi que le caractère subsidiaire des préjudices subséquents comme liés au dommage par le lien de causalité et en constituant l'objet. Dans cette affaire, les enfants d'une victime restée handicapée des suites de l'accident demandaient

¹ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010, n°1307.

² G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, traité, LGDJ, 4^{ème} éd. 2013, n°277 et M. BACACHE, *La responsabilité civile extracontractuelle*, traité Economica 2007, n°312.

³ Civ. 2, 24 févr. 2005, n°02-11999, P, *JCP G* 2005 I 149, G. VINEY, *D.* 2005, 671, F. CHÉNEDÉ, *D.* 2006, 1930, P. JOURDAIN, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 145, S. HOCQUET-BERG, *RTD civ.* 2005, 404, P. JOURDAIN.

indemnisation de leur préjudice moral direct et personnel alors qu'ils n'étaient nés que plusieurs années après l'accident. La Cour d'appel avait fait droit à leur demande au motif que le handicap était effectivement un obstacle au partage des joies normales de la vie quotidienne. La Cour de cassation censure l'arrêt car « *il n'existait pas de lien de causalité entre l'accident et le préjudice allégué* ». Le préjudice n'est pas contesté, le lien de causalité fait défaut. Il ne faisait pourtant aucun doute que le handicap, cause du préjudice était bien la suite directe de l'accident. Ce qui faisait obstacle à l'indemnisation, c'était l'absence d'existence des victimes à la date de survenance du dommage, du handicap, survenu concomitamment à l'accident. Si les victimes avaient existé au jour de l'accident, nul doute que la Cour aurait fait droit à leur demande et n'aurait pu lever l'obstacle d'absence d'un lien de causalité. Le préjudice des troubles de la vie d'avoir un père handicapé ne se suffit pas à lui seul pour permettre l'indemnisation, il doit être la suite du dommage qui donne seul naissance à la créance de réparation. Or, en l'espèce, comme les enfants n'étaient pas nés à la date du dommage, aucune créance de réparation n'a pu naître à leur profit. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 27 nov. 1992 confirme cette analyse en acceptant l'indemnisation du frère d'une victime décédée des suites d'une contamination par le virus du Sida à l'occasion d'une transfusion sanguine. Le petit frère est indemnisé pour le préjudice de privation de la présence d'un frère. Mais la Cour relève bien que le petit frère était né cinq mois après le décès et le qualifie d'infans conceptus, ce qui signifie bien que, si l'enfant n'avait pas été conçu au moment du décès, il n'aurait pas été indemnisé car, en l'absence d'existence juridique au jour du dommage, en l'espèce le décès, il n'aurait pu recevoir dans son patrimoine une créance de réparation subséquente. Et le préjudice seul de l'absence d'un frère n'aurait alors pas suffi pour permettre son indemnisation car l'absence de dommage initial aurait brisé tout lien de causalité avec le fait dommageable, absence de lien de causalité traduite par l'inexistence d'une créance de réparation du dommage.

Il s'ensuit que l'aggravation du dommage donnant lieu à un second jugement de condamnation¹ ne constitue pas une nouvelle créance de réparation, mais une simple émanation de la première et disqualifie ainsi de facto la première indemnisation en un paiement simplement partiel de la dette de réparation.

315. Pour ces mêmes raisons, il convient de ne pas confondre condamnation conditionnelle et obligation conditionnelle. L'obligation conditionnelle voit sa naissance retardée au jour de survenance de la condition. Tel n'est pas le cas de la condamnation conditionnelle qui constitue davantage un recul de l'exigibilité. La pratique fut beaucoup utilisée dans le cadre des contaminations du SIDA par transfusions sanguines. Les progrès de la médecine permettaient de bloquer l'évolution du virus, donnant ainsi la possibilité aux contaminés de survivre. Deux stades devaient ainsi être distingués, la phase de séropositivité et la phase de maladie du SIDA déclarée, la seconde conduisant inéluctablement au décès. Afin d'éviter des recours successifs, les Tribunaux prirent l'habitude de condamner immédiatement pour la séropositivité et de prononcer une condamnation conditionnée à la déclaration de la maladie pour la seconde phase², pratique des

¹ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2009, n°608 : encore faut-il qu'elle ne constitue pas une simple remise en cause de l'évaluation effectuée par le 1^{er} jugement auquel cas sa demande d'indemnisation se heurte à l'autorité de chose jugée.

² CA Paris, 27 nov. 1992, vingt arrêts, dont : JurisData n°1992-022824, n°1992-022812, n°1992-022811.

condamnations conditionnelles validées par la Cour de cassation¹. Mais l'effectivité de la condamnation conditionnelle résultant de la déclaration de la maladie ne constitue qu'un paiement partiel de la créance de réparation née du dommage initial de contamination par transfusion. Ainsi, malgré les apparences, la condamnation conditionnelle ne retarde pas la naissance de la créance de réparation qui, si elle existe, est d'ores et déjà née. Il est vrai que la différence en une créance inexistante et un objet incertain apparaît quelque peu ténue. C'est peut-être pour cette raison que le projet de réforme du droit de la responsabilité prévoit la suppression de cette pratique des condamnations conditionnelles². Il est vrai que cette technique, si elle évite un nouveau recours pour aggravation du dommage, heurte le principe de réparation intégrale qui veut que le dommage soit évalué au jour le plus proche de sa réparation.

316. Tout comme la créance issue d'un contrat à exécution successive à durée indéterminée, son ampleur, son objet n'est pas précisément connu au jour de la formation de la créance de réparation, au jour du dommage initial. Comme l'objet prend forme au fur et à mesure de l'exécution de la prestation caractéristique en nature du contrat à exécution successive, l'objet de la créance de réparation prend forme au fur et à mesure de la prévisibilité et des manifestations des préjudices subséquents.

Il y a une différence cependant, celle du rôle du jugement de condamnation qui n'existe pas pour la créance à exécution successive. Celle-ci se trouve liquidée, grâce aux stipulations de la convention qui comportent l'équivalence entre la prestation caractéristique et son prix, par exemple la proportion entre l'occupation du local et le loyer dans le cas du bail. Tel peut également être le cas en matière de responsabilité lorsqu'une clause fixe forfaitairement l'indemnité qui sera due ou lorsqu'une transaction vient déterminer son montant, la volonté des parties fixant ainsi a priori ou a posteriori le montant de la créance d'indemnité. Mais c'est bien souvent par un jugement de condamnation que la créance de réparation se retrouve cristallisée, ce qui n'est pas le cas d'une créance à exécution successive, à défaut de quoi le contrat serait nul pour indétermination de l'objet d'une ou de plusieurs obligations.

B. Une croissance avec la survenance des préjudices subséquents

317. Il fut récemment soutenu par Louis-Frédéric Pignarre que le jugement de condamnation faisait naître la créance d'indemnité³. C'est que de toute évidence les mécanismes qui entourent la naissance de la créance ne sont pas encore limpides. Le flou qui les entoure empêche de voir que le seul dommage initial donne naissance à une créance de réparation, créance à objet à formation progressive qui sera cristallisé, fixé par le jugement, au besoin par un changement d'objet sous autorité de justice, l'objet de l'obligation passant alors d'une prestation en nature, réparer, à donner une somme d'argent, obligation monétaire au régime spécifique. C'est en éclairant les mécanismes

¹ Civ. 2, 20 juill. 1993 n°92-06001, P, D. 1993, 526, Y. CHARTIER, *RTD civ.* 1994, 107, P. JOURDAIN.

² 10^{ème} recommandation de la commission des lois, Rapport d'information du Sénat du 15 juill. 2009, Responsabilité, des évolutions nécessaires.

³ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé, essai de théorisation à partir d'une distinction*, th. LGDJ 2010.

qui entourent la naissance de la créance d'indemnité et en écartant les pièges et les mirages qui se dressent sur le chemin que l'on pourra définitivement ancrer la naissance au jour du dommage ayant pour conséquence la nature évolutive de l'objet de cette obligation.

La créance de réparation naît au jour du dommage initial, du dommage premier. Son objet n'est toutefois pas figé au jour de sa naissance. Il va évoluer et ne sera figé en tout ou en partie qu'au jour d'une transaction ou du jugement de condamnation, l'hypothèse du jugement étant de loin la plus fréquente. La démonstration d'une naissance au jour du dommage et prenant d'ores et déjà compte des évolutions futures même incertaines implique d'expliquer les mécanismes qui régissent la phase évolutive de la créance afin d'éviter définitivement l'écueil d'un retard de la naissance de la créance au jour des préjudices subséquents ou bien au jour du jugement de condamnation. L'objet de l'obligation évolue en l'attente du jugement de condamnation (1) qui opérera sa précision et sa fixation définitive (2)

1/ L'évolution de l'objet en l'attente du jugement de condamnation

318. « Si le droit pour la victime d'obtenir réparation existe dès que le dommage a été causé, l'évaluation du dommage doit être faite par le juge au moment où il rend sa décision »¹. L'évaluation au jour du jugement et non plus au jour du dommage provient d'un revirement de 1942² des suites de l'instabilité monétaire de l'après-guerre qui aboutissait à l'octroi d'une indemnité par trop dépréciée à la victime. Il existe donc un décalage entre la naissance et l'évaluation de la créance de réparation, née au jour du dommage, évaluée au jour du jugement de condamnation.

Si la jurisprudence se fonde sur le principe de réparation intégrale du dommage subi par la victime³, la doctrine tend également à expliquer ce phénomène par le concept de dette de valeur. Toutes les études sur le concept de dette de valeur sont unanimes sur le point que la créance de réparation en constitue une manifestation parfaite⁴. Et les manuels usuels y font parfois référence⁵ en sus du principe de réparation intégrale, voire même comme une conséquence de ce principe⁶.

Contre toute attente, il nous apparaît au contraire que la dette de réparation ne puisse être perçue comme une dette de valeur (a). Plus grave, une approche souvent biaisée du concept de dette de

¹ Civ. 2, 24 juin 1998, n°96-18534, P. Déjà en ce sens, civ. 15 juill. 1943, *JCP G* 1943 II 2500, note HUBRECHT.

² Req. 24 mars 1942, *DH* 1942 p. 118, *RTD civ.* 1942 p. 289 obs. H. et L. MAZEAUD.

³ Ibid : « Attendu que la victime a droit à la réparation intégrale du dommage qu'elle a subi ; qu'il s'ensuit que l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt... ».

⁴ G. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie*, th. LGDJ 1972, chapitre 1^{er} du sous-titre 1^{er} du 1^{er} titre de la 1^{ère} partie, que ce soit en responsabilité délictuelle ou contractuelle car l'objet de l'obligation est une prestation en nature non exécutable. J.-M. DURAND, *La dette de valeur en droit français*, th. 1972, p. 380. P. RAYNAUD, *Les dettes de valeur en droit français*, mël. J. Brethe de La Gressaye, 1967, p. 611. R. LIBCHABER, *Recherche sur la notion de monnaie en droit privé*, th. LGDJ 1992, n°312. GRUA François, « Monnaie, Évaluation des obligations monétaires, Aléa monétaire, Nominalisme », *JCL civil*, Fasc. 20, 2012, n°54.

⁵ M. BACACHE, *La responsabilité civile extracontractuelle*, traité Economica 2007, n°494. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°904. MALAURIE, AYNES, STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2011, n°251. C. LAPOYADE DESCHAMPS, « Dommages et intérêts », *Rép. civil Dalloz* juin 1997, n°262.

⁶ Philippe CONTE, « Responsabilité du fait personnel », *Rép. civil Dalloz* mai 2002 : « Les tribunaux expliquent la règle par le fait que la victime a droit à la réparation totale du dommage qu'elle a subi, bref, par le principe de la réparation intégrale. La dette de réparation est en effet une dette de valeur, explication en elle-même suffisante ».

valeur appliqué à la créance de réparation contribue fortement à créer l'illusion que la créance de réparation serait une créance de somme d'argent dès l'origine. Somme d'argent ou dette de valeur, ces visions de la dette de réparation empêchent de prendre conscience de sa nature réelle, une obligation en nature à objet à formation progressive (b).

a) Réfutation de l'analyse classique d'une dette de valeur monétaire ab initio

319. Souvent citée comme en guise d'explication qui se suffirait à elle-même sans même définir le concept, il importe de souligner au préalable que celui-ci n'est stable qu'en apparence¹ eu égard au caractère péremptoire des citations qui s'y réfèrent. Son domaine est par exemple controversé sur le point de savoir si une dette ayant fait l'objet d'une expression monétaire dès son origine, comme par exemple une dette indexée, pouvait être considérée comme une dette de valeur. Deux thèses de 1972 et 1975 sont en contradiction sur ce point². Il ne s'agit pourtant pas d'une divergence anodine car, comme le soulève Monsieur Durand, l'incertitude du domaine montre l'insuffisance du critère de qualification. Et nous pourrions ajouter l'incertitude quant au fonctionnement de l'institution. Ce flouté du concept provient de son origine empirique comme étant issu de la jurisprudence allemande qui le fit émerger avec l'aide de la doctrine pour remédier aux fortes dévaluations monétaires de l'après-guerre³. Et pour conclure sur l'instabilité de la notion, un auteur récent⁴ entend étendre le domaine du concept à toutes les obligations indéterminées au jour de leur naissance, telles les créances issues d'un contrat à durée indéterminée, pour au final nier l'existence du concept de valeur arguant que la valeur ne pourrait être objet d'une obligation, d'où l'on voit, quoi qu'il en soit, qu'étirer par trop le domaine de la notion finit par la détruire.

Il est deux points sur lesquels la doctrine est unanime. D'une part, la dette de valeur s'exécute toujours comme une obligation monétaire, son paiement s'effectue systématiquement par la remise d'une somme d'argent⁵. Mais, d'autre part, la dette de valeur n'a pas pour objet une somme d'argent, mais une valeur, d'où son nom. L'argent n'est pas dans l'objet de l'obligation au moment de sa naissance, il ne sert qu'au paiement, la monnaie n'est pas *in obligatione*, elle n'intervient qu'*in solutione*⁶. Or, il nous apparaît que **la créance de réparation ne correspond pas à ces deux canons de la dette de valeur, ce pour quoi elle n'est d'après nous pas une dette de valeur.**

320. En premier lieu, un cas de responsabilité peut parfaitement se régler par une **réparation en nature**, volontaire ou autoritaire par le biais d'un jugement de condamnation. Il convient donc de

¹ En ce sens : F. GRUA, « Monnaie, Évaluation des obligations monétaires, Aléa monétaire, Nominalisme », *JCL civil*, Fasc. 20, 2012, n°53 : « On constate un certain décalage et un certain nombre d'incertitudes tant en ce qui concerne le domaine d'application de la théorie que sa mise en œuvre ».

² Pour, G. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie*, th. LGDJ, 1975, n°455. Contre, J.-M. DURAND, *La dette de valeur en droit français*, th., 1972, p. 37, l'auteur estime qu'inclure la dette indexée dans le domaine des dettes de valeur procède d'une confusion du concept de dette de valeur avec une technique de valorisme monétaire, à savoir revaloriser la monnaie.

³ PREDAMON, th. Poitiers 1925.

⁴ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé, essai d'une théorisation à partir d'une distinction*, th. LGDJ 2010.

⁵ J.-M. DURAND, th. op. cit. p. 39. G. PIERRE-FRANÇOIS, th. op. cit., p. 40.

⁶ J.-M. DURAND, th. op. cit., p. 55.

rappeler que l'indemnisation pécuniaire n'est pas systématique. Bien que cela soit fréquent, tous les cas de responsabilité ne débouchent pas sur une condamnation à verser des dommages et intérêts.

Le choix du mode de réparation, en nature par une prestation ou une abstention, ou bien par équivalent sous forme d'argent, appartient au pouvoir souverain des juges du fond¹. L'art. 1368 de l'avant-projet Catala prévoit la consécration textuelle de cette possibilité pour le juge d'une condamnation à réparer en nature. Il peut en outre être remarqué une tendance en droit positif à développer les réparations en nature lorsqu'elle est possible et lorsqu'elle seule permet l'adéquation de la réparation au dommage comme par exemple des cas de troubles de voisinage, de réintégration du salarié au lieu d'indemnité de licenciement, de mesures de publication du jugement en cas d'atteinte aux droits de la personnalité²... Il est d'ailleurs des auteurs qui critiquent ce choix laissé aux juges du fond et qui estiment que la réparation devrait être de droit lorsqu'elle est matériellement possible, qu'elle ne viole pas la liberté fondamentale du responsable et que la victime la demande car la réparation en nature permet seule d'atteindre pleinement la finalité poursuivie par la responsabilité, le retour au statu quo ante, le « remplacement » et non pas la simple « compensation »³. Il est même des auteurs qui anticipent sur ce souhait et présentent la réparation en nature comme étant de principe en droit positif⁴. Remarquons enfin que le droit allemand érige dans les textes la réparation en nature comme un principe, l'indemnité étant reléguée au rang d'exception. Le § 249 BGB dispose en effet que *« celui qui est tenu à réparation doit rétablir la situation qui existerait si le fait obligeant à réparation n'était pas intervenu »* (expression du principe de réparation intégrale) et que, *« si la réparation est due en raison d'une atteinte corporelle ou d'une atteinte aux biens, le créancier peut, au lieu et place de la réparation en nature, exiger le montant pécuniaire correspondant »*⁵.

Qu'elle s'effectue volontairement ou autoritairement, qu'elle soit de droit ou laissée à l'appréciation souveraine des juges, il n'en reste pas moins que la réparation en nature est une possibilité. Et cette seule possibilité heurte le principe selon lequel une dette de valeur s'exécute toujours en monnaie. Puisque la créance de réparation ne donne pas toujours lieu au versement à des dommages et intérêts mais peut aboutir sur une réparation en nature, c'est qu'elle ne peut être qualifiée de dette de valeur.

321. En second lieu, s'il apparaît possible que l'objet d'une obligation réside dans une valeur⁶, **le dommage ne doit pas pouvoir être qualifié de valeur quant à lui**. Pour cette raison, la dette de réparation qui a pour objet le dommage à réparer ne peut pas être qualifiée de dette de valeur.

Le vocabulaire Capitant définit la valeur comme étant ce que vaut, en argent, une chose⁷. Dire que la valeur constitue l'objet de l'obligation n'est qu'une vue de l'esprit car la valeur n'a pas d'existence tangible, c'est la chose pouvant être valorisée qui constitue l'objet véritable de l'obligation. Or, le

¹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, traité, LGDJ, 3^{ème} éd. 2011, n°39, et la jurisprudence citée, notamment : Civ. 2, 29 juin 1961, Bull. civ. II. 285, civ. 2, 21 mai 1997, *Resp. civ. assur.* 1997 comm. n°265. Pour un exposé synthétique et logique, basé sur la nature du dommage, voir MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd. 2011, n°249.

² Ibid, n°42.

³ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 2^e éd., 2009, n°731. Également en ce sens, A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd. 2012, n°696.

⁴ MAZEAUD et CHABAS, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, 1998, n°621.

⁵ F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997, n°442.

⁶ Contra L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent*, th. LGDJ 2010.

⁷ Voc. Juridique CAPITANT, p. 918.

dommage n'est pas une chose, une valeur patrimoniale. Il est constitué de l'ensemble des préjudices présentant un lien de causalité suffisant avec sa survenance et donc avec le fait dommageable. Un ensemble de préjudices ne peut se réduire à une chose, notamment parce que cet ensemble évolue dans sa substance, dans la consistance intrinsèque. Pour pouvoir être une valeur, il eut fallu à tout le moins que sa substance soit figée au jour du dommage. Tel n'est pas le cas, puisque de nouveaux préjudices peuvent survenir après le dommage initial et viendront accroître d'autant l'objet de la réparation due. C'est parce que le dommage évolue intrinsèquement qu'il évolue dans son évaluation. Or, le concept de dette de valeur est inapte à rendre compte de l'évolution intrinsèque du dommage, ce pourquoi la créance de réparation ne peut en réalité être qualifiée de dette de valeur. Les auteurs qui se réfèrent même à la dette de valeur l'ont d'ailleurs pressenti car, dissociant l'évolution intrinsèque et l'évolution extrinsèque due à l'érosion monétaire, ils ne se réfèrent au concept de dette de valeur qu'à l'occasion de cette dernière¹.

La créance de réparation est donc bien plus qu'une simple valeur, c'est « *rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et ... replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »². Il s'agit là de l'expression profonde du principe de réparation intégrale. Même dans l'hypothèse de destruction d'un bien où le responsable serait tenu de restituer la valeur de ce bien au jour du jugement, la créance de réparation peut englober d'autres chefs de préjudices telle par exemple la perte de jouissance de la chose dans le laps de temps séparant sa destruction de sa restitution par équivalent, chefs de préjudices qui ne seraient pas indemnisés si la créance de réparation devait réellement être réduite à une dette de valeur. La preuve en est également que la mise en œuvre de la responsabilité peut engendrer un enrichissement de la victime lorsque la chose détruite est vétuste mais qu'il n'est pas possible de se procurer une chose de même vétusté, c'est alors une chose neuve identique ou le prix de cette chose neuve qui doit être fourni à la victime en réparation³. Là encore, si la créance d'indemnité n'était que la stricte valeur du dommage, elle serait cantonnée à la valeur vénale du bien détruit, en tenant compte de sa vétusté, la victime ne pourrait pas percevoir le prix de la chose neuve alors que la chose détruite était vétuste donc de valeur inférieure.

¹ MAZEAUD et CHABAS, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, 1998, n°624, le dommage évolue dans ses éléments intrinsèques ou dans sa valeur exprimée en francs ; les auteurs ne disent pas que le dommage évolue dans sa valeur intrinsèque et extrinsèque, ils dissocient donc bien l'évolution intrinsèque de la notion de valeur. MALAURIE, AYNÈS et SOTFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2011, n°251, « *Le risque monétaire pèse sur le défendeur. C'est une dette de valeur* », les auteurs ne font référence à la dette de valeur que concernant la fluctuation monétaire et non pas concernant l'évolution du dommage en substance. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°903 et 904, les auteurs distinguent les variations intrinsèques et les fluctuations monétaires et ne parlent de la dette de valeur qu'à l'occasion de ces dernières. M. BACACHE, *La responsabilité civile extracontractuelle*, traité Economica 2007, n°490 et s., l'auteur distingue la modification de la teneur du dommage (A) de la variation de sa traduction monétaire (B) et ne mentionne le concept de dette de valeur qu'au sein de ce dernier.

² P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 2^{ème} éd., 2009, n°722. Civ. 2, 28 oct. 1954, Bull. civ. II n°328, JCP G 1955 II 8765, R. SAVATIER, la formule serait d'ailleurs empruntée à cet auteur (R. SAVATIER, *t. II*, n°601).

³ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°900. P. JOURDAIN, « La réparation intégrale du dommage peut passer le cas échéant par l'enrichissement de la victime », *RTD civ.* 1994 p. 118. P. JOURDAIN, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI*, 1995 p. 51.

Si l'éviction du concept de dette de valeur du domaine de droit de la responsabilité s'impose d'après nous, nous n'entendons pas pour autant nier l'existence de la dette de valeur. Simplement, son domaine d'application nous semble se limiter au droit patrimonial de la famille¹.

322. La qualification de dette de valeur pose problème au regard de la **cohérence du droit** en matière de date de naissance de la créance car, à force de l'appréhender par son résultat économique davantage que par sa technique juridique, elle finit par créer l'illusion que la créance de réparation serait dès l'origine une créance de somme d'argent réévaluée au jour du jugement par exception au principe du nominalisme monétaire. Ce n'est toutefois pas le seul facteur à générer cette illusion. Il importe donc de percer cette illusion d'une créance monétaire ab initio car elle cache les mécanismes qui régissent la naissance de la créance de réparation pour le tout au jour du dommage, son évolution et les effets du jugement sur elle. Or, en l'absence de clarté sur ces derniers, il est difficile de définitivement lâcher les amarres d'une naissance de la créance d'indemnité au jour du jugement dont nous verrons plus loin qu'une thèse récente défend de nouveau.

323. Deux déviations contribuent à créer cette illusion, l'utilisation de la **dette de valeur** et l'application **d'intérêts moratoires antérieurs au jugement de condamnation**.

La dette de valeur est souvent présentée sous l'angle de son résultat économique, si bien que la technique juridique qui la sous-tend se trouve parfois quelque peu oubliée. Doctrine² et jurisprudence³ l'abordent parfois comme une exception au principe du nominalisme monétaire. Le nominalisme monétaire constitue un principe d'ordre public selon lequel un euro est un euro. La conséquence en est qu'on ne peut augmenter le nombre d'euros dus au jour du paiement sous prétexte que le pouvoir d'achat aurait diminué depuis la naissance de l'obligation. Mais ce principe ne constitue d'après nous que l'expression particulière à la monnaie du principe juridique général selon lequel doit être payé strictement ce qui est dû.

Cette confusion entre valorisme monétaire et dette de valeur est particulièrement flagrante chez les auteurs qui incluent la dette indexée dans le domaine de la dette de valeur car la dette indexée n'a pas d'autre expression que la monnaie, simplement son montant évolue en fonction d'un indice afin de palier l'inflation et par exception au principe du nominalisme monétaire. Son intégration contribue à faire croire que la dette de valeur avait un objet monétaire ab initio. Pour le cas de la responsabilité, l'évaluation au jour du jugement se trouve réduite à la réévaluation d'une prétendue créance d'indemnité née du dommage.

¹ La technique ne nous paraît cependant pas complexe au point d'en limiter l'application dans ces domaines. Contra, J.-F. PILLEBOUT, « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », *in mël. Holleaux*, Litec 1990, p. 357.

² Le nominalisme monétaire est presque systématiquement cité en même temps que la dette de valeur. Par exemple, F. GRUA, « Monnaie, Évaluation des obligations monétaires, Aléa monétaire, Nominalisme », *JCL civil*, Fasc. 20, 2012, n°49 et 51 : « *La propriété essentielle des dettes de valeur est d'échapper... au nominalisme monétaire* ».

³ Civ. 19 nov. 1953, *D.* 1954 p. 361 : une juridiction d'appel est en droit de faire état de la dépréciation survenue depuis le jugement de première instance pour évaluer le montant réel du préjudice restant à réparer à l'époque où elle statue. Certes, mais la cours donne l'impression de réévaluer une créance qui avait ab initio un objet monétaire.

Pourtant la dette de valeur se paie en argent mais n'a pas pour objet une somme d'argent¹, ce pourquoi elle ne constitue pas une simple exception au nominalisme, mais se situe hors son champ d'application.

Et l'illusion se matérialise quand la dette de valeur se trouve présentée comme l'un des « *correctifs légaux* » aux « *règles spécifiques aux paiements de sommes d'argent* »² ou quand on lit que « *l'objet réel (de la dette de valeur), la seule prestation véritable, est ce qu'on trouve in solutione, c'est-à-dire une certaine somme d'argent* ».

324. L'illusion d'une créance de somme d'argent avant le jugement de condamnation est également entretenue par la possibilité, aujourd'hui discrétionnaire³, laissée au juge de faire courir les **intérêts moratoires** sur l'indemnité qu'il prononce à compter d'une date **antérieure à son jugement**. L'art. 1153-1 du Code civil pose le principe du départ des intérêts moratoires à compter du jugement sur une condamnation judiciaire, mais ménage au juge la possibilité d'en disposer autrement, implicitement, certes de le reculer, mais surtout de l'anticiper à une date antérieure au jugement. Or, les intérêts moratoires qui sont calculés à partir du taux d'intérêt légal, font partie du régime exclusif applicable aux créances monétaires. Ils ont pour objet de réparer forfaitairement et automatiquement le retard de paiement d'une somme d'argent.

En permettant au juge de les faire courir avant le jugement, le texte crée l'impression que la créance d'indemnité sur laquelle ils courent était déjà une créance d'argent avant le jugement de condamnation.

L'illusion se heurtait à une époque au barrage de la haute juridiction qui exigeait que les juges du fond qualifient formellement ces intérêts d'intérêts compensatoires. L'adjectif compensatoire permettait ainsi de bien distinguer les intérêts antérieurs qui s'incorporaient à l'indemnité compensatoire compensant le dommage lui-même et non pas son retard ; il était ainsi clair que ces intérêts antérieurs ne constituaient qu'une modalité d'évaluation du dommage au jour du jugement mais n'avaient pas pour fonction d'indemniser le retard de paiement d'une somme d'argent. Mais cette résistance à l'illusion s'est fortement étiolée par la consécration d'un pouvoir discrétionnaire et non plus simplement souverain des juges dans la fixation du point de départ des intérêts moratoires. Puis elle disparut complètement puisque, par un arrêt du 28 avr. 1998, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation consacra que ces intérêts antérieurs avaient « *nécessairement un caractère moratoire* »⁴. Cette fois-ci, au lieu de faire barrage à l'illusion, la Cour de cassation la consacrait.

Il convient de ne pas se laisser prendre au mirage. Contrairement à l'arrêt précité, les prétendus intérêts moratoires n'indemnisent pas le retard de paiement d'une somme d'argent. Avant le jugement, la créance de réparation n'est pas une créance monétaire. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les arguments identiques à ceux développés précédemment pour nier à la créance de réparation la qualification de dette de valeur. Il nous semble que l'arrêt précité constitue un dérapage

¹ J.-M. DURAND, *La dette de valeur en droit français*, th. 1972, p. 39.

² M.-L. MATHIEU-IZORCHE et S. BENILSI, « Paiement », *Rép. civil Dalloz*, mai 2009.

³ AP 3 juill. 1992, n°90-83430, P, *JCP G* 1992 II 21898, concl. DOTENWILLE, note PERDRIAU, *D.* 1992, 404, A. PERREAU, *Def.* 1992, art. 1553 et 35395, J.-L. AUBERT, *RGAT* 1992, p. 903, P. RÉMY.

⁴ Civ. 1, 28 avr. 1998, n°96-14762, P, *JCP G* 98 IV 2315, *RTD civ.* 1998, 920 obs. P. JOURDAIN, *Defrénois* 1998, 1049, obs. J.-L. AUBERT, *D.* 1998, 140, A. MARCHAND, *JCP G* 1999, J. KULLMANN, *Resp. civ. et assur.* 1998, chr. 20, H. GROUTEL.

malheureux ayant une double origine. Premièrement, la cour cherchait à favoriser la victime à l'égard de l'assureur car, en qualifiant ces intérêts de moratoires et non plus de compensatoires, la Cour entendait, d'après nous à tort¹, ne pas opposer à la victime le plafond du contrat d'assurance pour ce qui leur concerne. Deuxièmement, la Cour achevait, là encore à tort², ainsi un mouvement dédain à l'égard des créances d'intérêts moratoires qui ne seraient plus dignes de son attention car trop accessoires pour ne pas dire dérisoires.

En réalité, la source de la confusion existait bien avant ce dérapage car le terme même d'intérêts est parfaitement inapproprié puisqu'il implique déjà en lui-même la référence à une somme d'argent. La raison profonde en était sans doute l'utilisation du même outil mathématique, le taux d'intérêt légal. Il aurait donc mieux valu ne pas parler d'intérêts compensatoires, car ces intérêts avant jugement constituent en réalité une technique d'actualisation d'un ancien chiffrage aux fins d'évaluation du dommage au jour du jugement.

L'évaluation abstraite au jour du jugement par l'application d'un indice est aujourd'hui admise³. Cette admission découle du pouvoir souverain des juges du fond dans l'évaluation du dommage. Tous les acteurs s'y retrouvent d'ailleurs. Cela permet par exemple, lorsqu'un ancien chiffrage du dommage avait déjà eu lieu au moyen d'une expertise qui commence cependant à dater⁴, de ne pas en diligenter une nouvelle qui serait coûteuse en argent et en temps, tant pour les parties que pour la justice qui ne pourrait clore l'affaire et devrait surseoir à statuer pour attendre les résultats de la nouvelle expertise. Si l'actualisation doit être approuvée, le choix de l'indice est parfois critiquable, notamment en cas de dommage complexe comprenant plusieurs chefs de préjudices⁵.

Les prétendus intérêts moratoires ne constituent donc qu'une technique d'actualisation d'un ancien chiffrage du dommage au moyen du taux d'intérêt légal. Un autre taux ou un autre indice

¹ Le préjudice résultant du retard de réparation fait partie du dommage indemnisable, il n'y a donc pas de raison de ne pas le soumettre au plafond. En réalité, peuvent échapper au plafond du contrat d'assurance les seuls les intérêts moratoires dus par la compagnie d'assurance pour le cas où elle-même serait en demeure et en retard d'indemniser, à tout le moins de verser une provision. Si cette créance échappe au plafond c'est à cause de son débiteur, la compagnie d'assurance à titre personnel et principal, la victime est étrangère à cette dette d'intérêts moratoires, le contrat d'assurance et la clause plafond ne la concernent donc pas. Ce n'est donc pas, nous semble-t-il la qualification d'intérêts moratoires qui fait échapper au plafond, mais le débiteur desdits intérêts à titre personnel et principal, le responsable ou la compagnie d'assurance. Rappelons à cet égard que la Loi du 25 janv. 1985 sur les accidents de la circulation fait par exemple obligation à la compagnie d'assurance d'indemniser, ne serait-ce qu'à titre provisionnel la victime. Le raisonnement pourrait éventuellement être étendu car il n'est pas normal, au regard de sa fonction, la rapidité dans la réparation, qu'une compagnie d'assurance se serve d'une procédure judiciaire comme dilatoire pour différer son paiement et donc la réparation. Il y aurait place nous semble-t-il ici pour des dommages et intérêts punitifs et non pas seulement moratoires.

² A. BENABENT, « Le désintérêt des intérêts », *in* *mél. J. GHESTIN*, LGDJ 2000, p. 113.

³ Pour l'actualisation d'une perte de gains en Lybie datant de 1967 avec l'utilisation d'un indice SYNTEC, organisme privé, voir com. 2 nov. 1993, *AJ Famille* 1994 p. 212 ; *JCP G* 1994 I 3773 n°25 p. 311. P. JOURDAIN, « Date et procédé d'évaluation du dommage, l'actualisation des pertes de recettes et l'utilisation des indexations judiciaires », *RTD civ.* 1994 p. 622.

⁴ P. BERCHON, « Régime de la réparation, Action en réparation, Action en révision, Révision des dommages-intérêts », *JCI Code civil*, art. 1382 à 1386, Fasc. 225-20, mars 2000 : « *il appartient au juge d'évaluer à leur actuelle mesure au moment où il statuera les chefs de préjudices allégués, au besoin en actualisant ou en faisant actualiser par des techniciens les évaluations, estimations ou devis établis initialement et qui pourront lui être présentés* ».

⁵ CA Poitiers, chambre civile, 1^{ère} section, 11 mars 1997, *Sté Pergay c. AGF*. La cour d'appel actualise en 1997 un chiffrage par expertise initiale datant de 1984 en utilisant pour la totalité de l'indemnité l'indice du coût de la construction alors pourtant que l'indemnité (13MF) ne compensait pas la seule perte d'immeuble (7MF), mais également la perte de biens mobiliers (1MF) et le manque à gagner pour loyers non perçus (5MF). Près de la moitié de l'indemnité était actualisée avec un indice qui lui était totalement étranger. Il eut été plus approprié de ventiler les immeubles avec l'indice du coût de la construction d'un côté et le reste de l'autre avec l'utilisation du l'indice général des prix à la consommation, voire de l'intérêt légal. « *Attendu que la réparation du préjudice doit être réévaluée au jour du présent arrêt ; que s'agissant de dommages intéressant des meubles et des immeubles anéantis par un incendie, l'indice de variation du coût de la construction sera retenu, l'indice de base étant celui du mois de septembre 1984* ».

aurait pu être utilisé à cet effet. L'utilisation du taux d'intérêt légal¹, tant pour l'actualisation antérieure que pour les véritables intérêts moratoires postérieurs a l'avantage de la simplicité. Un contrôle de la Cour de cassation serait souhaitable car, au vu de cette confusion, il est tout à fait envisageable que certaines juridictions cumulent actualisation au jour du jugement et intérêts moratoires antérieurs au jugement, ce qui aboutirait à violer le principe de réparation intégrale en indemnisant deux fois le même préjudice², un tel cas ayant déjà fait l'objet d'une censure³ à une époque toutefois antérieure au pouvoir discrétionnaire et à la qualification erronée d'intérêts moratoires.

b) Adoption d'une analyse renouvelée d'une obligation en nature à objet à formation progressive

325. Si l'obligation avant jugement n'est ni une obligation monétaire ni une dette de valeur⁴, elle ne peut être qu'une obligation de faire, une obligation en nature. C'est pourquoi le juge peut prononcer une condamnation en nature et non pas seulement par équivalent. Si l'argent est l'équivalent de toute chose, toute chose n'est pas l'équivalent de l'argent. Transformer une obligation en nature en obligation monétaire se conçoit à cause de la nature spécifique de la monnaie, l'inverse n'est par contre pas concevable. Pour cette raison, en principe, les intérêts moratoires ne courent pas avant jugement⁵.

C'est dans les travaux doctrinaux sur la dette de valeur que l'idée se trouve exprimée le plus explicitement et fait en outre l'objet d'un consensus. Ainsi, M. Durand inclut la créance de réparation issue d'un cas de responsabilité civile parmi les obligations de faire qui peuvent s'exécuter en nature⁶. Et M. Pierre-François⁷ écrit que « *la créance due en réparation d'un préjudice est une obligation qui a pour objet une prestation en nature* » ou encore que *l'obligation de réparer est une obligation de faire* »⁸. Nous avons certes démontré qu'il n'y avait pas dette de valeur, mais la

¹ Art. L. 313-2 et L. 313-3 du Code monétaire et financier.

² En ce sens, MAZEAUD et CHABAS, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, 1998, n°620-1 : « *il faudrait s'exprimer ainsi : les intérêts légaux ne peuvent commencer à courir avant que le jugement que lorsque le juge ne se place pas à cette date pour évaluer les dommages-intérêts* ».

³ Civ. 1, 20 nov. 1990, D. 1991, note J.-L.AUBERT. Comme le fait remarquer le commentateur, la cour va cependant trop loin dans sa motivation car elle semble, à tort, revenir sur le principe d'évaluation au jour du jugement, seule l'une des deux méthodes était en trop, l'actualisation à partir de l'indice des prix à la consommation ou l'application d'intérêts moratoires, mais pas les deux. Notre préférence va d'ailleurs à l'indice des prix à la consommation plus approprié pour une véritable actualisation car l'intérêt légal est censé compenser, et les fluctuations monétaires, et un placement, certes marginal, mais néanmoins en trop pour une simple actualisation. Sinon, l'utilisation d'un taux ou d'un indice est égale, les deux outils sont mathématiquement identiques, d'ailleurs un taux peut être transformé en indice et vice versa.

⁴ G. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie*, th. LGDJ, 1975, p. 407, où l'auteur définit la dette de valeur en guise de conclusion : « *La dette de valeur est une obligation qui a pour objet une valeur autre que monétaire et dans laquelle la monnaie n'est jamais "in obligatione" mais toujours "in solutione". De nature hybride elle est intermédiaire entre l'obligation de somme d'argent et l'obligation de fournir une prestation en nature : comme l'obligation en nature elle reste à l'abri de la dépréciation monétaire, mais elle s'exécute nécessairement en argent comme l'obligation de somme d'argent ; son évaluation se fait au jour du règlement qui a pour but de conserver la valeur réelle de la créance et pour effet de transformer la dette de valeur en dette de somme d'argent* ».

⁵ Art. 1153-1 du Code civil, étant entendu que nous avons soulevé que l'exception des intérêts moratoires avant jugement cachait en réalité une actualisation d'un ancien chiffrage aux fins d'évaluation à la date du jugement, il ne s'agit pas de vrais intérêts moratoires compenser le retard de paiement d'une somme d'argent.

⁶ J.-M. DURAND, *La dette de valeur en droit français*, th. 1972, p.55.

⁷ G. PIERRE-FRANÇOIS, th. op. cit. n°424.

⁸ Ibid, p. 76.

réflexion des auteurs sur la créance de réparation n'en est pas moins exploitable. C'est justement l'inclusion d'obligations de faire dans le concept de valeur que nous contestons.

326. La plupart des auteurs distinguent en matière d'évaluation des dommages et intérêts l'évolution intrinsèque du dommage¹ de l'évolution extrinsèque relevant des seules fluctuations monétaires. Relever cette dernière, bien que correspondant effectivement au résultat économique, prête déjà à confusion en laissant penser que la créance a déjà une expression monétaire qui doit évoluer avec l'inflation jusqu'au jugement. Tel n'est pas le cas. **C'est parce que la créance de réparation avant jugement est une créance en nature qu'elle n'est pas concernée par le cours de la monnaie.**

L'évolution intrinsèque du dommage intéresse plus particulièrement ici. Comme l'écrit Mireille Bacache, « *Le dommage est par nature évolutif* »². Cette évolution peut se faire dans les deux sens, celui de l'aggravation ou celui de la diminution. Comme l'objet de la créance de réparation consiste en une prestation effaçant les conséquences du dommage, l'évolution de celui-ci implique l'évolution de l'objet de l'obligation.

Et il ne s'agit pas d'une simple apparition, d'une simple découverte de l'objet qui serait déjà virtuellement présent au jour du dommage. En effet, il y a lieu de tenir compte des évolutions qui auraient même une cause extérieure au fait dommageable et au dommage initial.

Ainsi, dans le sens de l'augmentation de l'objet de la dette de réparation, le responsable d'un accident est tenu d'indemniser le dommage résultant d'une contamination par le VIH des suites d'une transfusion sanguine³. Certes, le dommage présente un lien de causalité avec l'accident car la transfusion sanguine avait été rendue nécessaire par ce dernier. Mais ce lien est appréhendé très largement et peut résulter d'une présomption de plein droit⁴ des suites de l'absence « *d'éléments suffisants de nature à exclure tout lien de causalité entre le traumatisme initial et la poussée de sclérose en plaques* »⁵ pour imputer à un accident le développement d'une sclérose en plaque. Et surtout, il existait un obstacle de taille sur la chaîne de la causalité, un autre fait générateur présentant un lien de causalité plus direct, plus immédiat, adéquat, la transfusion qui n'aurait pas dû se faire avec du sang contaminé, de sorte qu'au moment de l'accident il était impossible d'envisager une séropositivité comme chef de préjudice. Il serait purement fictif de considérer que l'objet de l'obligation incorporait dès dommage initial, dès l'accident, le préjudice de contamination car celle-ci n'est pas une suite normale d'un accident de voiture, mais plutôt une suite exceptionnelle et circonstanciée.

Dans le sens de la diminution de l'objet, le décès de la victime en cours d'appel implique nécessairement la révision à la baisse de l'indemnité octroyée par les premiers juges car le décès a

¹ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n°903. MAZEAUD et CHABAS, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, 1998, n°625. VINEY et JOURDAIN, Effets de la responsabilité, n°69-1 : évolution de « la consistance même du préjudice depuis son apparition ». BACACHE, *La responsabilité civile extracontractuelle*, traité Economica 2007, n°492.

² BACACHE, traité op. cit., n°492. Voir également, utilisant une terminologie similaire, P. MALINVAUD, « Confirmation, les dommages évolutifs sont réparables », *RDI* 2002, p. 85, obs. sous civ. 3, 11 juill. 2001, n°00-10586 FS-D.

³ Civ. 2, 6 mars 2003 n°01-12652 FP-P+B+R, *RTD civ.* 2003, 310 ET 867, P. JOURDAIN, *Droit et patrimoine* juill.-août 2003, p. 77, F. CHABAS, *Resp. civ. et assur.* 2003, comm. 200, H. GROUTEL.

⁴ Et non une simple présomption du fait de l'homme car la Cour de cassation ne semble pas laisser le choix aux juges du fond : civ. 2, 19 juin 2003 n°01-15158, P.

⁵ CA Rennes 14 mai 2004 Juris-Data n°2004-258507, *Resp. civile et ass.* n°4, avr. 2005, comm. 116.

fait disparaître l'incapacité permanente partielle dont était atteinte la victime. Cette diminution doit avoir lieu quelle que soit la cause du décès, que celui-ci soit la conséquence du fait dommageable¹ ou qu'il soit dû à une cause totalement étrangère à ce dernier². Il est vrai que diminution n'est pas suppression. Seule la compensation du préjudice prévisible postérieur au décès doit être supprimée, celle des préjudices antérieurs définitivement subis par la victime ne peut qu'être maintenue. C'est l'indemnisation initiale du préjudice futur mais certain qui est remise en cause, ce qui montre au passage que la certitude n'est en réalité qu'une forte probabilité³. En outre, la révision n'est possible que s'il n'y a pas encore autorité de chose jugée au moment du décès.

Vient confirmer le caractère évolutif du dommage la motivation de la Cour de cassation quant à ces révisions : « *attendu que, jusqu'au jour du jugement ou de l'arrêt fixant de manière définitive, l'indemnité, l'étendue de la créance reste incertaine...* ». Nous avons eu l'occasion en première partie de relever que la notion juridique de certitude équivalait à l'existence. Une créance incertaine n'existe pas, tandis qu'une créance certaine se réduit simplement à une créance qui existe. Il en va de même pour l'objet ici. Ce n'est pas la créance qui « *reste incertaine* », mais son étendue ; or il nous semble que cette « *étendue* » n'est pas autre chose que la matière de l'objet de la créance, si bien qu'avant jugement l'objet de la créance de réparation n'est pas figé, il évolue au gré des préjudices subséquents passés, présents et prévisibles, ainsi que de leur ampleur.

327. La créance de réparation constitue donc une obligation de réparer en nature à objet à formation progressive, l'obligation d'effacer toutes les conséquences du dommage initial qui va évoluer en fonction de son ampleur, de l'apparition ou de la prévisibilité des préjudices subséquents. Reste à identifier le rôle du jugement qui, rappelons-le, peut conduire sur une condamnation en nature ou par équivalent monétaire. Ce n'est qu'alors que les mécanismes entourant la naissance de la créance de réparation seront totalement mis à jour, écartant ainsi définitivement les déviations consistant à considérer que la créance naît du jugement de condamnation. C'est en effet la compréhension conjuguée de l'existence avant jugement de la créance, mais à objet à formation progressive et du rôle du jugement dans la cristallisation de cet objet qu'il pourra être montré qu'il y a lieu de ne pas confondre fixation de l'objet jusqu'alors en formation progressive et naissance de la créance. Celle-ci préexiste à l'évolution de son objet et incorpore nécessairement ce dernier dès sa naissance, mais subit certes mécaniquement au cours de sa vie l'évolution progressive de son objet. Mais il s'agit du cours de son existence et non plus de sa naissance.

¹ Civ. 2, 24 juin 1998 n°96-18534, P, *Resp. civ. et assur.* 1998, comm. 302, civ. 2, 21 févr. 1990 n°88-16741, P, *RTD civ.* 1990 p. 503, P. JOURDAIN.

² Civ. 2 11 janv. 1979 n°77-12937, P, civ. 2, 21 mars 1983, n°82-10770, P, civ. 2, 24 mars 1953, *D.* 1953 J. 336, *GP* 1953, 1, 376, 2^{ème} arrêt.

³ A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^{ème} éd. 2012, n°678 : « *Dommage actuel ou futur : (...) la frontière suppose une appréciation du degré de probabilité du dommage futur, lequel n'atteint jamais la certitude absolue* ». Et l'auteur se réfère à l'art. 7-4-3 des *Principes Unidroit* : « *n'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude* ».

2/ La transmutation de l'objet par le jugement de condamnation

328. Après avoir écarté les thèses en présence d'une naissance de la créance par le jugement de condamnation (a), s'imposera l'évidence d'une modification par le jugement de l'objet de l'obligation préexistante de réparer (b).

a) Absence de naissance de la créance par le jugement de condamnation

329. Afin de faire courir les intérêts moratoires du jugement de condamnation et non pas de l'assignation, de vieux arrêts faisaient croire à une naissance au jour du jugement de la créance d'indemnité en énonçant que « une créance née d'un délit ou d'un quasi-délit n'existe et ne peut produire d'intérêts moratoires que du jour où elle a été judiciairement constatée, la victime n'ayant jusqu'à la décision de justice qui lui accorde cette indemnité ni titre de créance ni droit reconnu dont elle puisse se prévaloir »¹. Mais cette jurisprudence n'est plus d'actualité car la solution dispose aujourd'hui d'une assise légale dans l'art. 1153-1 du Code civil introduit par la loi n°85-677 du 5 juill. 1985.

Une jurisprudence similaire a pu être utilisée en matière d'opposition au prix de vente d'un fonds de commerce. Cette opposition peut être exercée par tout créancier du cédant du fonds². Un arrêt de 1925 refusait ce droit d'opposition à la victime au motif qu'avant jugement de condamnation sa créance était « *hypothétique et éventuelle, subordonnée au résultat d'une décision judiciaire* ». La solution serait sans doute d'actualité, mais davantage sur un autre fondement, celui utilisé par la jurisprudence contemporaine en matière d'opposition à fusion-scission de sociétés qui exige en plus des textes que leur créance soit certaine liquide et exigible pour refuser contra legem leur droit d'opposition aux créanciers dont la créance ne présente pas ces qualités.

Des arrêts plus récents datent toutefois eux aussi la naissance de la créance d'indemnité au jour du jugement de condamnation.

Un arrêt du 1^{er} mars 1994 de la chambre commerciale refuse par ce biais son efficacité à un avis à tiers détenteur émis sur une créance de réparation du dommage corporel de la victime débitrice du fisc : « *qu'en statuant ainsi, alors que les avis à tiers détenteurs définitifs entraînent le transfert dans le patrimoine du Trésor des créances nées antérieurement à leur notification et que la créance en réparation du dommage corporel prend naissance à la date du jugement irrévocable constatant la responsabilité de l'auteur du dommage... casse...* »³. La solution fut sans doute certes rendue eu égard à la nature particulière du dommage corporel, par faveur pour la victime. Obtenue par une

¹ Civ. 2, 17 déc. 1979, n°78-13976, P, cassation de l'arrêt qui refuse de faire courir les intérêts. Dans le même sens, cassation des arrêts qui faisaient courir les intérêts avant le jugement de condamnation, du jugement initial réformé ou confirmé : civ. 2, 8 juin 1983 n°82-11156, P ; civ. 3, 3 juin 1982 n°80-16773, inédit ; civ. 2, 29 mars 1977, n°75-10188, P ; civ. 2, 16 oct. 1974, n°73-12344, P. Cassation de l'arrêt qui fait courir les intérêts à compter de l'assignation en justice : Civ. 2, 28 mai 1979, n°78-10672, P ; civ. 2, 12 janv. 1977, n°75-10517, P. « *tant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle* » : civ. 3, 5 avr. 1978, n°76-14939, P. Également en ce sens : civ. 2, 9 mars 1978 n°76-12765, P ; civ. 2, 16 oct. 1975, n°74-11616, P ; Crim. 24 févr. 1970, JCP G 1970, 2, II, 16456.

² Aujourd'hui, le droit d'opposition a son siège dans l'art. L. 141-14 du Code de commerce.

³ Com. 1^{er} mars 1994, n°91-20887, P.

torsion de la date de naissance de la créance de cette dernière, elle n'en perturbe pas moins cette dernière en droit positif. Le même moyen aurait pu être atteint par d'autres voies ne faussant pas la date de naissance de la créance de réparation : la nature alimentaire ou strictement personnelle du dommage, voire sur un plan légal plus général l'érection potentielle d'un régime spécifique de la créance de réparation d'un dommage corporel.

Plus récemment, la jurisprudence consacre la naissance au jour du jugement des créances d'indemnité pour procédure abusive¹, des dépens² et d'indemnisation forfaitaire au titre de l'art. 700 du CPC³ pour les frais de procès non compris dans les dépens. Là encore il s'agit d'une jurisprudence de faveur pour la victime qui lui permet par ce biais de bénéficier d'un paiement immédiat et prioritaire au titre du privilège de l'art. 40 du droit des entreprises en difficulté lorsque le débiteur responsable est en faillite. Comme il a été remarqué, cette jurisprudence est certes favorable à la victime, mais elle contribue à gonfler la masse des créanciers privilégiés au titre de l'ancien article 40 et à mettre ainsi en péril le redressement de l'entreprise.

330. En doctrine, la naissance au jour du jugement était défendue par Duguit⁴ au début du 20^{ème} siècle. Pour l'auteur, le fait illicite ne saurait en aucun cas être producteur de droit ; dès lors l'indemnité de responsabilité délictuelle ne pourrait naître que du jugement. Un auteur contemporain ressuscite cette thèse d'une naissance au jour du jugement, Louis-Frédéric Pignarre dans sa thèse de 2005. Pour l'auteur, la créance de réparation ne naît que du jugement et à la date de celui-ci. Le dommage quant à lui ne fait pas naître de créance mais crée une norme juridique⁵. Cette thèse récente conjuguée aux courants jurisprudentiels relativement récents précités, montre la nécessité encore aujourd'hui de démontrer que la créance ne naît pas du jugement de condamnation, mais du dommage initial le plus souvent concomitant du fait dommageable.

331. La créance de réparation est transmise, tant activement⁶ que passivement, aux héritiers de la victime ou du responsable avant même que le jugement de condamnation n'ait été rendu. Il en va de même pour le droit à réparation d'une victime d'infraction pénale sur le fonds d'indemnisation des victimes d'infractions sur le fondement de l'article 706-3 du Code de procédure pénale⁷. La condition de nationalité française posée par cet article s'apprécie au jour du dommage et non pas au

¹ Com. 11 juin 2003, n°00-21775, P, D. 2003, 2174, D. 2004, 51, F.-X. LUCAS et P.-M. LE CORRE, *JCP G* 2004, I, 115, p. 396, M. CABRILLAC, *RTD com.* 2004, 158, A. MARTIN-SERF.

² Com. 10 déc. 2002 n°00-10722, inédit, com. 5 nov. 2002 n°00-17028 inédit, com. 11 juin 2002 n°00-11773 et n°00-11777 P, D. 2002, 2121, A. LIENHARD.

³ Sur les dépens et l'art. 700 du CPC : Soc. 12 févr. 2003, n°99-42985, P ; com. 21 janv. 2003 n°99-21560 inédit ; com. 10 déc. 2002 n°00-11560, 00-12953 et 00-12954, inédits ; civ. 3, 12 juin 2002 n°00-19038, P ; com. 11 juin 2002 n°00-12289. La jurisprudence antérieure fixait la date de naissance au jour de l'action en justice : com. 3 avr. 2002 n°99-15174 : « la créance relative aux dépens et au frais irrépétibles trouvait son origine antérieurement audit jugement comme se rattachant au droit préexistant mis en œuvre par l'action dont la décision sur les dépens et les frais irrépétibles constitue le stade final ».

⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, éd. Boccard, 1928, t.2, p. 486 et 487.

⁵ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent*, th. LGDJ 2010.

⁶ Crim. 28 oct. 1992, n°91-85925, P, D. 1993, 203, J. PRADEL : transmission de la créance de réparation du pretium doloris.

⁷ Civ. 2, 6 janv. 2000 n°98-13023, P, *Droit et patrimoine* 2000, n°81, p. 108, F. CHABAS, *Resp. civ. et assur.* 2000, comm. 83, obs. H. GROUDEL.

jour du jugement de condamnation¹. Or, si la créance de réparation n'était pas née avant le jugement de condamnation, elle n'aurait pu être transmise aux héritiers. Et si la créance était née au jour du jugement, alors la victime remplissant les conditions, notamment de nationalité à ce jour, aurait pu se faire indemniser par le fonds d'indemnisation des victimes d'infractions pénales. De même, une personne morale liquidée peut néanmoins être condamnée pour les dommages qu'elle a générés du temps de son existence, ce alors même que le jugement de condamnation y afférent n'est pas intervenu avant la publication de la clôture de la liquidation. En effet, « *la personnalité morale d'une société subsiste aussi longtemps que les droites et obligations à caractère social n'ont pas été liquidés* »². Les créanciers doivent pour cela demander en justice la nomination d'un administrateur ad hoc pour représenter la société disparue³. Là encore, si les créances naissaient du jour du jugement, elles n'auraient pas pu venir au monde faute de débiteur puisque la personne morale liquidée n'existait plus et le principe de continuité de la personne morale n'aurait pu s'appliquer faute de subsistance d'une dette sociale au jour de la liquidation.

332. La créance de réparation ne naît pas non plus du jour de l'exercice de l'action. Cette thèse était celle de Jèze⁴. Elle constitue une vision exacerbée du rôle de la volonté source de tout droit subjectif, y compris en matière de responsabilité où la créance de réparation naît alors de l'expression de la volonté de la victime par l'exercice de son action en justice. Un arrêt de 1910 peut être noté comme faisant application de cette théorie en considérant que les dettes de responsabilité de la société absorbée ne sont transmises à la société absorbante que si l'action de la victime avait été exercée avant la fusion absorption⁵. Malgré cet arrêt particulièrement ancien, cette thèse n'est pas d'application en droit positif. La preuve en est que la créance de réparation est transmissible aux héritiers même lorsque l'action n'a pas été exercée par la victime avant son décès⁶. L'action paulienne exercée par la victime avant jugement de condamnation doit donc être admise au titre de sa créance actuelle de réparation et non pas pour fraude en prévision d'une créance future⁷.

La confirmation d'une naissance de la créance de réparation avant le jugement de condamnation et avant l'exercice de l'action se trouve d'ailleurs incidemment confirmée par la loi à l'art. L. 452-4 al. 1^{er} du Code de la sécurité sociale. Cet article dispose qu'à défaut d'accord entre le salarié et son employeur sur l'éventuelle faute inexcusable de ce dernier, la juridiction de la sécurité sociale peut être saisie par « *la victime ou ses ayants droit* ». Or, si les héritiers peuvent saisir le tribunal de la sécurité sociale, c'est au titre de la créance de réparation qui leur a été transmise au décès de la victime, en l'espèce nécessairement avant le jugement et l'exercice de l'action.

¹ Civ. 2, 12 févr. 2009 n°08-12987, P : la victime s'était vue octroyée la nationalité française entre le dommage et le jugement de condamnation, sa demande fut néanmoins rejetée car elle ne remplissait pas les conditions d'indemnisation par le fonds au jour du dommage, jour de la naissance de sa créance de réparation donc.

² Pour des créances d'indemnités suite à malfaçons ou mise en œuvre de la garantie décennale : com. 2 mai 1995 n°83-17409, P, civ. 3, 10 avr. 1996 n°94-14411, inédit, civ. 3, 27 juin 2001 n°99-21853, inédit.

³ Com. 30 mai 1978 *JCP G* 1979 II 19087 ; com. 31 mai 1988, n°87-11037, P, com. 11 juill. 1988 n°87-11927, P.

⁴ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} éd. 1925, rééd. Dalloz 2005, t1, p. 48 et 65.

⁵ T. com. de la Seine, 9 avr. 1910, S. 1912, 2, 297.

⁶ CE 15 janv. 2001 n°208958 P : « *le droit à réparation des préjudices tant matériels que personnels subis par Mme X est entré dans le patrimoine de ses héritiers alors même que Mme X n'avait, avant son décès, introduit aucune action tendant à la réparation de ces préjudices* ». De même : CE 29 mars 2000 n°195662, *JCP G* n°29, 19 juill. 2000, II 10360 A. DERRIEN, mixte, 30 avr. 1976 n°74-90280 et 73-93014, P, D. 1977, 185, M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Def.* 1977, p. 856, J.-L. AUBERT, *RTD civ.* 1976, p. 556, G. DURRY.

⁷ En ce sens, motif d'après nous erroné, même si la fausse qualification de créance future n'empêche pas in fine l'action paulienne de porter ses fruits : civ. 1, 20 déc. 1976 n°74-14153, P.

333. Il est fréquemment fait référence par la doctrine à la **nature constitutive ou déclarative du jugement de condamnation** pour déterminer s'il fait naître le droit qu'il proclame ou s'il ne fait que constater son existence, ledit droit ayant alors nécessairement une date de naissance antérieure.

Sous cette apparente clarté se cache en réalité une profonde incertitude car la notion de jugement constitutif fait l'objet de nombreuses controverses. Le critère de distinction est fuyant. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire ne suffit pas, ni le caractère absolu de l'autorité de chose jugée¹. D'ailleurs, la naissance du droit est parfois utilisée à la fois comme critère, comme effet, et comme définition des notions, ce qui ne permet pas de se dégager de l'empirisme qui semble régner en la matière². La terminologie utilisée est elle-même sujette à controverse. La doctrine plus récente estime que le jugement déclaratif emporte des effets constitutifs, ce qui implique que le qualificatif de constitutif puisse être utilisé dans les cas où le droit ne naît pas du jugement. Cela ajoute en réalité de la confusion au lieu d'éclairer les choses.

Simplifiant, la doctrine peut se décliner en trois branches, ceux qui nient que le jugement puisse avoir une nature constitutive, il est en ce cas toujours déclaratif, ceux qui admettent que le jugement soit parfois constitutif « *d'un droit, d'un état, d'une situation* »³, et ceux qui optent pour une nature hybride à la fois constitutive et déclarative.

Il apparaît qu'un consensus se dessine malgré tout pour le cas de la créance d'indemnité : le jugement de condamnation se trouve toujours être déclaratif pour cette dernière. La solution va de soi pour Paul Esmein qui nie l'existence de jugements constitutifs⁴, allant même jusqu'à taxer cette notion de vieil accessoire juridique, de « *vessie dont on a voulue faire un phare* ». Léon Mazeaud⁵ quant à lui considère que les jugements sont en principe déclaratifs car le législateur délègue au juge son autorité afin de trancher les litiges sur des droits préexistants et non afin d'en créer de nouveau⁶. Mais il ménage l'exception de jugements constitutifs quand le législateur en donne expressément le pouvoir au juge. L'auteur admet seulement que le critère de distinction n'est pas clair. Au fil de l'analyse, il estime que sont seuls constitutifs des jugements qui consacrent une situation juridique nouvelle et non pas un droit subjectif isolé. Tel est le cas par exemple du jugement de divorce, des jugements statuant sur l'état d'une personne ou sur son incapacité, mais aussi du jugement d'ouverture d'une procédure collective. Si des créances voient le jour suite à ces jugements constitutifs, ce n'est donc que par incidence comme conséquence du changement de situation juridique de la personne concernée. Mais les jugements qui consacrent un droit de créance isolé ne sont jamais constitutifs, ce qui inclut le jugement de condamnation à dommages et intérêts. L'opinion de M. Mazeaud apparaît cohérente et séduisante. Peut toutefois être remarqué qu'il est au moins un cas où le jugement donne naissance à une créance isolée, le jugement prononçant la condamnation à une astreinte.

¹ P. RAYNAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, in Études de droit contemporain, Contribution Française aux IIIème et IVème Congrès internationaux de Droit Comparé », S. 1959, p. 376, spéc. p. 379 et 380.

² L. MAZEAUD, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929 p. 17, spéc. p. 23, 42 et p. 55.

³ Ibid, p. 17.

⁴ P. ESMEIN, obs. sous CA Paris 3 févr. 1949, *JCP* 1949, II, 4911.

⁵ L. MAZEAUD, article op. cit., spéc. p. 23, 32 et 33.

⁶ Affirment également ce principe : J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Dalloz 2003, n°192 et 193.

Quant à la **thèse hybride admettant que les jugements sont à la fois constitutifs et déclaratifs**, elle souligne les effets du jugement sur le droit de créance, mais **ne remet en réalité pas en cause le fait que ce droit préexiste**. Le jugement emporte des effets si énergiques que ces auteurs le qualifient de partiellement constitutif. Il s'agit de la contrainte, de l'interversion de prescription, de l'hypothèque judiciaire,...¹ Cette déviance consistant à qualifier le jugement de constitutif, ne serait-ce que partiellement, même lorsqu'il ne fait pas naître la créance qu'il consacre, apparaît contestable car elle ajoute de la confusion. En effet, en détachant le terme constitutif de la naissance de droit consacré au jour du jugement, cette doctrine crée l'impression première qu'il y aurait davantage de jugements qui pourraient faire naître des créances isolées et que peut-être les jugements jusqu'ici déclaratifs pourraient faire naître la créance d'indemnité.

Quoi qu'il en soit, il apparaît ici essentiel de ne pas perdre de vue le consensus mis en évidence concernant la créance de réparation issue d'un cas de responsabilité : le jugement ne la fait pas naître, il n'est pas constitutif. Lorsqu'il est dit partiellement constitutif, c'est en réalité pour désigner d'autres effets que celui de faire naître la créance de réparation.

Ce constat conduit à conclure que, **pour fixer la date de naissance de la créance de réparation, il est inopérant de porter la question sur la nature constitutive ou déclarative du jugement** puisque la thèse controversée des jugements constitutifs se joue hors du domaine des jugements de condamnation de responsabilité civile, ces derniers étant toujours déclaratifs, la créance de réparation ne naît pas du jugement.

b) Perfection de l'objet de la créance par le jugement

334. Puisque la créance de réparation existe avant le jugement, la question se pose de savoir par quel mécanisme elle devient créance d'indemnité après. Comment expliquer que nous ayons avant une obligation en nature, puis une obligation de somme d'argent.

Pour clarifier cette question, il est parfois affirmé que le jugement rend la créance d'indemnité liquide et exigible². Cela n'apparaît pas convaincant.

Concernant la **liquidité**, celle-ci ne concerne que les obligations monétaires. Or il convient de ne pas oublier que la condamnation peut parfois consister en une prestation en nature et ne réside pas toujours dans des dommages et intérêts, dans de l'argent. Il n'est donc pas possible de dire de façon générale que le jugement de condamnation rend toujours la créance liquide.

Concernant l'**exigibilité**, lorsqu'un créancier exerce une action en paiement à l'encontre de son débiteur avant le terme contractuel, avant que la créance ne soit exigible, son action est irrecevable. Il s'ensuit que, si l'exigibilité de la créance de réparation provenait du jugement, celui-ci ne pourrait jamais intervenir puisque par définition l'action en justice ne pourrait être exercée à défaut

¹ Notamment, C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, th. LGDJ 2000, spéc. n°149.

² E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. 1987, n°121 et 122 : « *Ne peut-on admettre que, sous réserve de l'écoulement des délais de recours qui la rende exécutoire, le jugement rende la créance exigible ? On peut, de surcroît, expliquer par les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité que le jugement de condamnation définitif confère à la créance ...* ». PONSARD et DEJEAN DE LA BATIE sur AUBRY et RAU, IV n°395, cités par E. PUTMAN, th. op. cit. n°121.

d'exigibilité de la créance. Paradoxalement, si l'action de la victime était toujours irrecevable faute d'exigibilité, elle ne serait d'un autre côté jamais prescrite car, en vertu de l'adage *contra non valentem*¹, la prescription ne court pas tant que la créance n'est pas exigible.

335. Puisqu'avant il s'agit d'une obligation de réparer en nature et qu'après il peut s'agir d'une obligation de réparer également en nature mais plus précise, ou bien en argent prenant alors la dénomination de dommages et intérêts, il nous semble qu'il y a là une modification de l'objet de l'obligation. Cette modification relèverait du pouvoir du juge ou de la volonté commune des parties au sein d'une transaction. Cette réponse ne semble pas avoir été explicitée en doctrine. Elle existait cependant déjà en filigrane dans les propos de la communauté des auteurs. Emmanuel Putman écrit ainsi : « *Réparation en nature et réparation en argent ne sont jamais que des modalités de la créance de réparation. Le jugement de condamnation ne fait que déterminer ces modalités, mais le principe de la créance lui est antérieur... on peut dire que la créance de réparation existe dès avant le jugement, mais que celui-ci en précise les caractères* »².

Ce pressentiment d'une modification de l'objet par le jugement se retrouve également dans la doctrine sur la dette de valeur que nous avons eu l'occasion d'aborder. Mireille Bacache écrit ainsi que « *le dommage est par nature évolutif* », modification de la « *teneur* », de sa « *consistance* ». Philippe Conte³ écrit quant à lui que « *ce n'est qu'à partir de la condamnation que la victime, jusqu'alors titulaire d'une dette de valeur, se trouve à la tête d'une obligation de somme d'argent* ».

Cette idée d'une modification de l'objet se retrouve encore dans la doctrine sur la nature constitutive ou déclarative du jugement. Patrice Jourdain écrit ainsi que le jugement s'avère « *déclaratif quant à l'existence, mais constitutif quant au quorum* ». Henri Lalou⁴ écrivait quant à lui que « *le principe de l'obligation de réparer préexiste au bien au jugement et le jugement qui sanctionne ce principe est déclaratif ; mais la détermination du montant de cette obligation ne date avec tous ses éléments ... et toutes ses conséquences ... que du jour du jugement* ». Roger Merle⁵ explique que « *le jugement déclaratif (...) apporte toujours au droit préexistant quelque chose de nouveau : parfois il détermine son contenu, jusqu'alors imprécis ... transforme ce droit théorique en droit pécuniaire et en valeur immédiatement réalisable* », que le jugement opère une « *détermination du contenu et du chiffre de la créance ... précise son contenu propre* », que tel est l'« *effet positif du jugement sur la détermination de la créance* », qu'il « *reconnaît la responsabilité ... et en fixe l'étendue ne fait que révéler la créance de la victime* », qu'il a un « *effet déterminatif et liquidatif* ».

¹ ROLAND et BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} éd. 1999, p. 109, n°60.

² E. PUTMAN, th. op. cit., n°118 et 121.

³ P. CONTE, « Responsabilité du fait personnel », *Rép. civil Dalloz*, n°173.

⁴ H. LALOU, « Jugements déclaratifs ou attributifs ? », *D.* 1936, chr. 69.

⁵ R. MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, th. 1948, n°80 et s.

336. La créance de réparation en responsabilité civile¹ présente une physionomie particulière. Elle ne naît pas du jugement de condamnation, mais du fait dommageable, comme le montre l'observation du droit positif, tout spécialement de la jurisprudence. Elle incorpore dès le jour de sa naissance tous les préjudices futurs, comme le montre notamment l'observation des déflagrations du choc de la loi anti-Perruche avec la jurisprudence Perruche. Les préjudices futurs ne constituent pas des créances autonomes qui naissent successivement au fur et à mesure de leur survenance. Ils forment la substance de l'objet de l'obligation de réparation. La notion de dette de valeur ne peut expliquer ce phénomène, car l'objet de l'obligation ne varie pas seulement dans sa valeur, mais bel et bien dans sa substance². Au demeurant, la dette de réparation n'est pas une dette monétaire *ab initio* puisqu'il peut y avoir condamnation à réparation en nature, ce qui renie la présence du concept de dette de valeur.

Dès lors, lorsqu'un dommage implique la survenance de préjudice dans le futur, il donne naissance à une créance particulière de réparation, une créance à objet à formation progressive dont l'objet va varier en fonction de la survenance aléatoire et imprévisible des préjudices.

L'obligation à objet à formation progressive représente donc une réalité dans le système juridique. Nous pensons que cette réalité est transposable au domaine contractuel pour expliquer la naissance des obligations dans le contrat à durée indéterminée. L'obligation naît pour le tout au jour du contrat et incorpore toute la potentialité de l'exécution postérieure du contrat. Son objet croît au fur et à mesure de cette exécution et se fige au jour de la cessation du contrat, quelle que soit la cause de cette cessation. La parallèle peut même aller jusqu'à la résistance commune qui peut être remarquée à admettre la naissance initiale et pour le tout, tant de la créance de réparation que de la créance issue d'un contrat à durée indéterminée. Cette résistance commune s'explique par l'influence inconsciente de la créance au sens commun qui représente alors dans l'esprit des non-juristes une somme d'argent définitivement liquidée. Telle n'est pas l'essence de la créance qui peut ne pas être de l'argent et qui n'a pas besoin d'être définitivement figée dans son objet. La créance est une potentialité. Pour ces raisons, le concept de germe est inutile et nuisible. Nul besoin de voir un germe de créance avant le jugement de condamnation, la créance existe d'ores et déjà avant celui-ci.

Il reste, pour parfaire le raisonnement au plan théorique, à s'assurer de la viabilité de la créance à objet à formation progressive dans la source contractuelle, notamment à l'égard du consentement puisque la personne doit consentir sans que l'objet de l'obligation ne soit figé et immédiatement connu, mais également à l'égard de la postestativité puisque dans le contrat à durée indéterminée les parties peuvent mettre fin au contrat et figer ainsi elles mêmes l'objet de leurs obligations par l'exercice de leur faculté unilatérale de résiliation.

§ 3 : L'existence de l'obligation contractuelle à objet à formation progressive

¹ Les arrêts et développements concernent surtout la responsabilité délictuelle. Le raisonnement est cependant transposable à la responsabilité contractuelle. La créance de réparation naît pour le tout au jour de l'inexécution du contrat et incorpore immédiatement toute la potentialité des préjudices futurs.

² La condamnation initiale à réparer des préjudices futurs peut être revue à la baisse en instance d'appel si, entre temps, la victime a décédé pour des raisons étrangères au dommage initial. Ceci montre bien le caractère **évolutif** de l'objet de l'obligation de réparation.

337. Voir dans le contrat à durée indéterminée des obligations à objet à formation progressive similaires à celles décelées en matière extracontractuelle soulève deux problèmes.

D'une part, puisque le contrat repose sur un accord de volonté, il est légitime de se demander si les parties ont valablement pu consentir alors que la quotité précise de l'objet de leurs obligations n'était pas connue à l'avance. Tel est l'obstacle invoqué par les partisans d'une naissance successive, comment peut-on consentir sans connaître véritablement ce à quoi on s'engage ?

D'autre part, le contrat à durée indéterminée comporte une particularité dans son régime. En vertu du principe d'interdiction des engagements perpétuels, chaque partie y dispose d'une faculté unilatérale de résiliation. C'est la mise en œuvre de cette faculté qui mettra généralement fin au contrat et figera par là même définitivement les obligations des parties. Mais de la sorte une partie ne définit-elle pas elle-même le contenu de son obligation, auquel cas celle-ci ne saurait être valable en raison de l'interdiction des obligations potestatives ?

Ces obstacles peuvent être levés, si bien que le contrat à durée indéterminée peut en théorie faire naître des obligations à objet à formation progressive qui naissent pour le tout au jour du contrat. Il suffit de constater l'existence certaine d'obligations contractuelles dont le montant n'est initialement pas figé et donc inconnu pour montrer qu'il est possible de consentir valablement sans connaître le montant précis et global de l'obligation qu'on aura à exécuter (A). Et la postestativité peut être écartée eu égard au caractère doublement bilatéral de la faculté de résiliation, dont disposent les deux parties et dont l'exercice fige par là même le contenu de la créance corrélative (B).

A. La réalité des créances contractuelles au montant inconnu lors de leur naissance

338. La méconnaissance du contenu global de l'obligation au jour de la formation du contrat constitue l'argument fondamental des auteurs partisans d'une naissance successive des obligations au soutien de leur thèse périodique. Pascal Ancel¹ écrit ainsi que, « *faute de connaître au départ la durée de ces contrats..., il est bien difficile de dire que, dès le départ, chacune (des parties) est titulaire d'une créance globale dont l'exécution seule serait échelonnée dans le temps. Peut-on sérieusement soutenir que, dès la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée, l'employeur est débiteur envers son salarié d'une rémunération globale dont ni le montant ni la durée ne sont connus ?* ». Martine Behar-Touchais² se demande « *comment pourrait-on concevoir que toutes les obligations nées d'un contrat à durée indéterminée naissent au jour de la conclusion du contrat, alors qu'on ne sait pas combien de temps durera le contrat puisque l'on peut y mettre fin par la volonté ?* ». Benoît Grimonprez³ invoque la même raison au cas particulier de contrats à durée indéterminée. Pour l'auteur, il paraît difficile d'affirmer que les contractants sont d'ores et déjà titulaires de créances et de dettes dont l'étendue et l'avènement ne sont pas maîtrisables. Il faut se

¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

² M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41, 8^{ème} page de l'article.

³ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. LGDJ 2006, n°72.

résoudre à excludre, faute d'assiette déterminée, l'existence d'une créance unique dont l'exécution serait échelonnée dans le temps.

Cet argument peut cependant être écarté au constat qu'il existe d'autres créances contractuelles que celles issues d'un contrat à durée indéterminée dont le montant n'est pourtant pas connu non plus au jour de la signature du contrat dont la validité n'est pourtant pas contestée (1). La quotité exacte de l'obligation peut varier dans sa substance en fonction d'événements postérieurs aléatoires. Il est donc possible que l'objet se détermine par l'exercice postérieur de la faculté de résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée (2).

1/ Des exemples de créances contractuelles au montant inconnu au jour du contrat

339. Les exemples sont divers en la matière. On peut même en trouver pour le contrat à exécution instantanée (a). A fortiori peut-on en trouver pour diverses raisons dans le contrat à durée déterminée (b). Une hypothèse apparaît particulièrement intéressante par sa proximité avec le contrat à durée indéterminée, l'obligation à terme incertain (c).

a) Dans les contrats à exécution instantanée

340. Le montant global et précis du prix n'est pas connu au jour de la signature du contrat lorsqu'il est stipulé que **ce prix évolue en fonction d'un taux ou d'un indice**¹. Le nombre de termes reste alors identique, mais comme leurs montants évoluent en fonction du taux ou de l'indice et que l'évolution de ce dernier ne peut ni être connue ni être prévisible au jour de la formation du contrat, alors le montant global de l'obligation ne peut être connu à cette date malgré la durée déterminée du contrat et le nombre défini de termes.

Les écrits de Paul Roubier sont particulièrement éclairants pour ce qui concerne la créance d'intérêts légaux d'une dette dont on pourrait penser qu'elle est à naissance successive à cause du changement annuel de taux et de l'imprévision de ce changement au jour de la naissance de la dette dont les intérêts de retard sont ainsi comptés. L'auteur montre bien qu'il s'agit d'une obligation à objet à formation progressive dont le contenu précis ne peut être connu au jour de sa naissance et dont la détermination se précisera avec le temps en fonction d'éléments extérieurs objectifs. Il distingue les *« effets produits dès le jour même de la naissance de la créance (...) des effets à venir de la créance, non encore produits dès le jour de sa naissance »*². Parmi les effets qui se produisent en cours de

¹ Voir sur la législation de l'indexation, qui implique la possibilité de celle-ci, les articles L. 112-1, R. 341-12, L. 515-15 du Code monétaire et financier.

² P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, Dalloz 1960, rééd. 2008, p. 316 s. « Les lois nouvelles qui modifient le taux légal de l'intérêt moratoire doivent également s'appliquer dès leur entrée en vigueur même aux créances antérieures, et cela même dans le cas où la mise en demeure est antérieure à la loi nouvelle... l'intérêt moratoire fait partie du contenu de l'obligation primitive, cela n'est point douteux... c'est la loi du jour de l'obligation qui détermine les conditions dans lesquelles le créancier peut demander des dommages-intérêts... ».

naissance l'auteur relève l'évolution du taux d'intérêt légal. Ceci implique que, pour l'auteur, la créance d'intérêt était née une et entière au jour de son fait générateur, mais que son objet a ensuite évolué avec le temps au gré des changements de taux d'intérêts légaux.

Le montant précis du prix n'est pas non plus connu au jour du contrat dans les règlements internationaux lorsqu'il y a différence entre la monnaie de compte et la monnaie de paiement. On ne sait alors pas combien de monnaie devra être payée au jour du paiement. Mais cela est déterminable à la date d'exécution de la prestation en fonction des cours de monnaie¹.

Plus simplement, le montant précis n'est pas non plus connu lorsque le prix de cession est fixé en fonction de la rentabilité future d'une activité économique. Cela arrive dans nombre de ventes d'une chose frugifère ou dans nombre de contrats rendant possible ou facilitant l'exercice d'une activité. Ainsi, dans un arrêt du 12 mars 1946, il s'agissait d'un contrat d'exploitation de bauxite dont les redevances à payer étaient calculées en fonction des quantités de minerai extraites durant l'exécution du contrat². Il pourrait également s'agir de la vente d'un fonds de commerce dont le prix pourrait être fixé en fonction des résultats dégagés les années suivant l'exploitation.

b) Dans les contrats à durée déterminée

341. D'abord, des contrats particulièrement fréquents peuvent donner lieu à un prix indéterminé, mais déterminable, comme le font remarquer Messieurs Ghestin, Billiau et Loiseau³. Ainsi en va-t-il des contrats d'abonnement de téléphonie mobile, mais également de gaz ou d'électricité. Même lorsque ces contrats sont à durée déterminée, le contenu global des obligations ne peut être connu *ab initio* puisqu'on ne sait pas quelle quantité sera consommée par le client pendant la durée du contrat. L'exemple est particulièrement patent pour le contrat de téléphonie mobile qui se trouve fréquemment à durée déterminée afin de contraindre le client de rester dans le contrat pour une ou deux années. Les auteurs en concluent très justement que le critère de détermination de la durée n'est pas un bon indicateur de la date de naissance des créances dans les contrats à exécution successive.

Ensuite, des contrats de franchise ou d'exploitation d'une marque peuvent également prévoir un droit d'entrée et une redevance en fonction du chiffre dégagé par le franchisé ou l'exploitant⁴.

Enfin, à l'instar du contrat à durée indéterminée, le contrat à durée déterminée peut comporter une faculté unilatérale de résiliation au profit de l'une des parties. D'ailleurs, l'article L. 121-19 du Code de la consommation⁵ dispose que les contrats de vente à distance de bien et de fourniture de services comportent une faculté unilatérale de résiliation au profit du consommateur lorsque leur durée dépasse une année.

¹ STARCK, ROLAND et BOYER, *Les obligations, Le contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998, n°187.

² Civ., 12 mars 1946, *JCP G* 1946 II n°3114.

³ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, traité, LGDJ, 2005, n°38.

⁴ J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, traité LGDJ 2009, n°404 et 412 s.

⁵ L'article dispose des informations qui doivent être adressées au consommateur dans l'hypothèse d'une vente à distance de biens ou de service. En son 5°, il prévoit ainsi que le consommateur doit être informé « conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an ».

c) *Le contrat à durée déterminée à terme incertain*

342. Le montant global et précis de l'obligation n'est pas non plus connu dans le cas des obligations à terme incertain. La physionomie de ces obligations est particulièrement proche de celle des obligations issues d'un contrat à durée indéterminée. Contrairement au terme certain où sa date de survenance est précisément connue, la date de survenance du terme incertain ne peut être connue précisément à l'avance. On est seulement sûr que l'événement qui préside le terme arrivera, mais on ne sait pas quand. L'exemple topique de terme incertain réside dans le décès d'une personne. Il est certain que le décès surviendra, ce pourquoi l'obligation existe d'ores et déjà, mais il est impossible de savoir au jour du contrat quand ce décès surviendra. La durée et par conséquent le contenu global des obligations n'est pas connu à l'avance. La terminologie prête à confusion avec la condition suspensive dont la survenance est incertaine tandis que le terme incertain est quant à lui certain dans sa survenance. Il faut donc entendre par terme incertain un « *terme à échéance incertaine* »¹. Céline Bloud-Rey propose judicieusement d'utiliser l'expression « *terme imprécis* »² dans sa thèse sur le terme dans le contrat pour remplacer l'expression maladroite issue du droit romain de « *terme incertain* »³.

Certes, le terme incertain figure souvent dans les contrats aléatoires tels la vente avec constitution de rente viagère. La rente cesse d'être payée au jour du décès, c'est donc une forme de paiement avec terme incertain. L'aléa, qui réside ici dans le contenu aléatoire de l'obligation de paiement du prix, peut expliquer la particularité du contrat. Mais il existe d'autres contrats comportant un terme incertain et qui ne sont pas aléatoires. Ainsi du bail stipulé pour la durée de vie du locataire dont les bailleurs ne peuvent délivrer congé avant la survenance dudit décès⁴.

Les contrats à terme incertain sont donc bien des contrats à durée déterminée⁵ qui ne peuvent faire l'objet d'une révocation unilatérale à tout moment. Leur terme n'est toutefois pas déterminé au jour du contrat mais simplement déterminable⁶, ce pourquoi M. Roland a pu écrire qu'il s'agit d'une « *variété de contrats à durée déterminée, les contrats à durée déterminable* »⁷.

343. L'analogie avec la certitude de l'événement conditionnel est ici source de réflexion fructueuse. Il existe une différence fondamentale entre la condition suspensive et le terme suspensif quant à la date de naissance de la créance. Alors que dans la condition, l'existence même de l'obligation, sa naissance, est suspendue à la survenance de l'événement, tel n'est pas le cas dans l'hypothèse du terme où seule l'exigibilité se trouve retardée. Le critère permettant de faire le départ des deux réside dans le caractère certain de la survenance de l'événement considéré. Certain il s'agit d'un terme suspendant la seule exigibilité car il est d'ores et déjà sûr que l'on devra, l'obligation existe déjà, elle est certaine. Incertain, il s'agit d'une condition car il n'est pas sûr qu'in fine l'on devra exécuter, l'obligation n'est pas née.

¹ PLANIOL et RIPERT, t. 7, *Obligations*, LGDJ 1934, n°998 s.

² C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, PUAM 2003 n°69.

³ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1906, Rééd. Dalloz 2003, p. 469 et 472.

⁴ Civ. 3, 10 mars 2010, n°09-12135, FS P+B.

⁵ J. GHESTIN, *Les obligations. La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^{ème} éd. 1999, n°223.

⁶ Ibid, n°219.

⁷ H. ROLAND, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *mél. Voirin*, 1966 p. 740.

Il est intéressant de confronter les obligations issues d'un contrat à durée indéterminée au critère de certitude de l'existence de l'obligation. L'hésitation prend place lorsque l'on réfléchit à la question. Mais la comparaison avec les contrats à terme incertain permet de trancher.

Deux interprétations sont possibles concernant par exemple un contrat de bail. D'un côté, il est possible d'objecter qu'il n'est pas certain que les échéances postérieures seront dues car une résiliation peut intervenir à tout moment, tout au plus sait-on que le préavis, à tout le moins le délai raisonnable minimum, est acquis avec certitude. D'un autre côté, il est possible de considérer que les parties savent d'ores et déjà qu'elles seront tenues jusqu'à ce que l'une d'entre elles exerce sa faculté de rétractation. Il est d'ores et déjà certain qu'elles devront s'exécuter toutes les deux jusqu'à ce que l'une d'entre elles résilie le contrat. Or, prenant la première interprétation qui aboutit à une naissance successive, le raisonnement **s'appliquerait pareillement aux obligations à terme incertain** : il n'est pas certain que les échéances postérieures seront dues car le terme incertain peut intervenir à tout moment. Pourtant, dans ces contrats, il ne fait pas de doute qu'il s'agit de contrats à durée déterminée donnant naissance à une seule obligation et il ne fait pas de doute non plus que les parties ne disposent pas d'une faculté unilatérale de résiliation. Mais la même incertitude plane quant au contenu de l'obligation du fait que, comme pour la résiliation unilatérale, il n'est pas possible de savoir au jour de la formation du contrat à quelle date interviendra l'événement qui mette fin à l'exécution du contrat et qui permettra dès lors de connaître le contenu global des prestations exécutées.

344. Il en résulte que la faculté de résiliation unilatérale ne fait pas obstacle à la naissance de l'obligation au seul motif que le contenu global de l'obligation n'est pas connu au jour du contrat. **Au même titre que pour le terme incertain, la résiliation unilatérale met certes fin au contrat**, mais elle met surtout fin **à l'obligation** de celui qui résilie le contrat, la théorie de la cause expliquant la contagion de cette fin à l'obligation réciproque et donc au contrat tout entier. La différence est tout de même particulièrement ténue entre un bail à durée indéterminée et, par exemple, un bail pour la vie du preneur¹ qui n'est autre qu'un bail à durée déterminée incertaine. Dans le contrat à terme incertain, la durée est elle aussi indéterminée au jour du contrat, elle n'en est pas moins déterminable. Pour cette raison, Céline Bloud-Rey conclut clairement au sujet des contrats à durée déterminée à terme incertain qu'il existe « *des obligations à exécution successive, dont l'étendue s'accroît au fur et à mesure de leur exécution. Ainsi, l'obligation de payer un loyer "se remplit" peu à peu au fil de l'exécution du contrat de bail* »².

345. Malgré cette forte similitude, les contrats à durée indéterminée ne peuvent être considérés comme des contrats à terme incertain dont le terme serait la mise en œuvre d'une faculté unilatérale

¹ Civ. 3, 18 janv. 1995, n°92-17702, P. Il s'agissait d'un bail pour la durée de vie du preneur. Les héritiers du bailleur demandent la résiliation du bail en prétextant qu'il s'agit d'un bail à durée indéterminée devant dès lors comporter une faculté de résiliation unilatérale. La Cour d'appel déclare le congé valable au motif qu'il ne peut s'agir d'un contrat à durée déterminée car « *la durée du bail n'est pas fixe et déterminable à l'avance* » pour la raison que cette durée « *dépend d'un événement inconnu et imprévisible ... dont l'échéance est incertaine* ». Remarquons que nous retrouvons ici l'argument qui rend rétif la doctrine partisane d'une naissance successive des créances dans le contrat à durée indéterminée. Mais les juges du fond avaient ainsi confondu terme incertain et événement incertain d'une condition. L'arrêt est cassé pour violation des articles 1709 et 1737 du Code civil car, « *en statuant ainsi, alors que le bail, dont le terme est fixé par un événement certain, même si la date de sa réalisation est inconnue, est conclu pour une durée déterminée* ».

² C. BLOUD-REY, *Le terme dans le contrat*, th. PUAM 2003, n°232 s.

de résiliation car, alors que l'événement du terme incertain ne dépend de la volonté d'aucune des deux parties, la faculté unilatérale de résiliation dépend au contraire pleinement de la volonté de chacune des deux parties. À cela vient s'ajouter que la différence fondamentale de régime entre les contrats à durée déterminée et indéterminée tient à l'existence de cette faculté unilatérale de résiliation pour ces derniers.

Ce qui importe au final, c'est qu'à défaut de savoir combien, les parties sachent à quoi elles sont engagées. Dans un contrat de bail, elles sont engagées, l'une à payer le loyer, l'autre à procurer la jouissance corrélative aussi longtemps qu'il n'y aura pas rupture. Les parties savent bien à quoi elles s'engagent, l'accord sur la **corrélacion** de leurs obligations réciproques suffit à leur consentement libre et éclairé.

D'ailleurs, il est des cas où le caractère éclairé du consentement est encore plus malmené sans pour autant qu'il n'y ait pas d'obligation. Ainsi en va-t-il du mandat et du contrat d'entreprise où le prix n'a pas besoin d'être déjà fixé au contrat, où il peut même ne pas être mentionné. Le contrat n'en est pas moins valable, l'obligation de payer le prix n'en existe pas moins dès l'accord de volonté. Simplement, ce prix se retrouve in fine fixé par le juge en cas de litige au stade de son paiement¹. Le juge peut fixer le prix à posteriori et l'obligation existe avant qu'il ne le fixe, à défaut de quoi le créancier ne pourrait pas même recourir au juge pour en faire la demande. L'exemple de ces contrats montre bien que le prix peut ne pas être connu dans sa quotité sans que cela signifie pour autant que sa créance ne soit pas encore née. A fortiori en va-t-il de même pour les contrats à durée indéterminée où le prix n'est certes pas connu au jour de la formation du contrat, mais s'imposera néanmoins à tous, y compris au juge, au jour de sa cessation, lorsque sa durée totale sera connue.

2/ La déterminabilité par la rupture unilatérale de l'une des parties

346. Expliquer le cas des obligations issues d'un contrat à durée indéterminée par le concept d'obligation à formation progressive revient à dire que l'obligation naît au jour du contrat avec toute sa potentialité future, sans pour autant que cette potentialité ne soit figée au jour de la formation du contrat. L'objet va évoluer. Il va croître au fur et mesure de l'exécution du contrat et il ne stoppera sa croissance qu'avec la survenance d'une résiliation unilatérale de la part de l'une ou de l'autre des parties, voire d'un autre événement mettant fin au contrat. Si un tel objet n'est pas déterminé dans sa qualité, il n'en reste pas moins déterminable au stade de l'exécution du contrat.

Une telle proposition soulève deux types de problèmes au regard des conditions de validité du contrat, d'une part au regard de la condition de détermination de l'objet de l'obligation, un tel mode de détermination au stade de l'exécution est-il compatible avec cette condition de validité dont dispose **l'article 1129 du Code civil**, d'autre part au regard de l'interdiction de potestativité dans le contrat car, du fait de leur faculté de résiliation unilatérale, les parties disposent du moyen de fixer au final elles-mêmes le contenu global de leurs obligations.

La condition de détermination de l'objet réside dans les articles 1108 et 1129 du Code civil. Or, dans les contrats à durée indéterminée, l'indétermination de la durée du contrat se répercute

¹ LABARTHE et NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, traité LGDJ 2008, n°29 et 421.

nécessairement sur les quotités des obligations qui en sont issues, autrement dit, l'indétermination de la durée implique celle des obligations. Or, les articles 1108 et 1129 érigent bien comme condition de validité un objet déterminé qui forme la matière de l'engagement. À s'en tenir à une telle présentation, soutenir la naissance des obligations au jour du contrat et pour le tout impliquerait la nullité des obligations qui en sont issues et du contrat lui-même pour indétermination des objets des obligations, quand bien même nous aurions recours à la notion d'objet à formation progressive.

Jacques Ghestin soulève le lien existant entre l'indétermination de la durée et l'indétermination des objets des obligations¹. Il observe toutefois que la jurisprudence d'après laquelle l'art. 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix diminue la portée de l'obstacle. Il n'en reste pas moins, comme l'observe l'auteur, que l'obstacle joue pour les contreprestations qui ne constituent pas un prix, mais également que la détermination du prix réapparaît chaque fois qu'un texte spécial l'exige, ce qui est le cas de nombre de contrats parmi lesquels la vente et le bail.

Ce serait toutefois aller trop vite que d'en déduire que sont nuls les contrats de durée dont la quotité d'une prestation en nature dépend de la durée et ceux pour lesquels seul le prix varie en fonction de la durée, mais pour lesquels un texte spécial exige la détermination de celui-ci. En vérité, de l'exigence de détermination du prix n'implique pas cela, ni son essence, ni l'interprétation qu'il en est faite en droit positif.

C'est dans le caractère extensif de la condition de déterminabilité de l'objet que se trouveront validés les contrats à durée indéterminée à objet à formation progressive (a) dont la détermination des obligations s'opère au moyen de la faculté unilatérale de résiliation (b).

a) L'objet indéterminé mais déterminable

347. La clé du problème réside dans ce qu'il faut entendre par la condition de détermination de l'objet. Il est classiquement enseigné que le prix peut ne pas être déterminé pourvu qu'il soit déterminable par des éléments objectifs définis dans le contrat². Tous les projets de réforme du droit des contrats consacrent d'ailleurs cette possibilité d'un objet « *déterminable* »³ et non pas seulement déterminé.

L'objet à formation progressive présente la particularité de se former progressivement au stade de l'exécution du contrat. Sa quotité finale n'est donc pas prévisible car sa substance variera en fonction d'éléments qui peuvent certes être définis au contrat mais qui ne sont pas non plus prévisibles à la date de ce dernier. Un tel objet n'est donc pas figé de façon absolue au jour du contrat, ce pourquoi les parties ne pourraient mécaniquement pas connaître à cette date son ampleur exacte.

¹ J. GHESTIN, *Les obligations. La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^{ème} éd. 1999, n°185 : « l'indétermination de la quotité de la chose promise peut justifier l'annulation du contrat lorsqu'elle est la conséquence de celle de la durée de celui-ci ».

² Req. 7 janv. 1925, *D.H.* 1925, 57, Req. 14 févr. 1927, *D.* 1928, 1, 80

³ Avant-projet Catala, art. 1121-3. Projet de réforme du Ministère de la Justice, art. 81. Projet Terré, art. 60 al. 2.

348. En vérité, des objets qui dépendent dans leur substance de la survenance d'événements postérieurs imprévisibles ne sont pas rares et ne sont pas cantonnés aux contrats à durée indéterminée. L'indétermination au jour du contrat de l'objet d'une obligation n'est pas l'apanage des contrats à durée indéterminée, ni même des contrats de durée.

Ainsi, le prix de vente d'un fonds de commerce est souvent fixé en fonction des recettes futures qu'il dégagera. Un arrêt du 7 avril 2009 valide la cession de créance dont le prix varie en fonction du montant des créances recouvrées au final¹. De même, la rémunération fixée dans certains contrats de travail comporte parfois une partie variable², ou encore l'adhésion à une association agricole dont les cotisations annuelles sont calculées en fonction des ventes réalisées par les agriculteurs lesdites années, la Cour estimant qu'il s'agit de paiements successifs d'une créance unique née au jour de l'adhésion³.

Sont donc valables sans aucun doute les obligations pour lesquelles la détermination de l'objet dépend d'événements extérieurs dont l'ampleur ne peut être connue au jour du contrat.

Pothier et Demolombe écrivaient d'ailleurs très clairement en ce sens.

Pothier expliquait ainsi : « *non seulement un corps certain et déterminé ... peut être l'objet d'une obligation ; mais quelque chose d'indéterminé peut aussi en être l'objet... il n'est pas nécessaire que la quantité qui fait l'objet de l'obligation soit actuellement déterminée, lorsque l'obligation est contractée, pourvu qu'elle soit déterminable. Par exemple, ... si quelqu'un s'est obligé de me fournir du blé pour la nourriture de ma famille pendant un an, l'obligation est valable quoiqu'il n'ait pas déterminé la quantité, parce qu'elle est déterminable par l'estimation qui se fera de ce qui est nécessaire pour cela* »⁴.

Dans le même sens, Demolombe énonçait quant à lui : « ... *ce qui est nécessaire et ce qui suffit, c'est que la chose ... puisse être sérieusement reconnue ... Je vous ai promis du charbon, du blé... notre convention ... est évidemment nulle... Car je pourrais me libérer par une prestation insignifiante ou dérisoire, en vous offrant un seul grain de blé ! ... C'est à dire qu'il n'y a pas de lien et dès lors pas d'obligation... Mais la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée. J'ai promis de vous livrer le charbon nécessaire pour le service de votre usine pendant l'année prochaine, ou le blé nécessaire pour la nourriture de votre famille pendant six mois. Voilà une obligation valable ; car si la quantité de charbon ou de blé, qui en fait l'objet, n'est pas actuellement déterminée, elle est du moins déterminable ; et le lien de droit a pu se former, de manière à ce que l'exécution ne soit plus subordonnée au caprice du débiteur* »⁵.

¹ Com. 7 avr. 2009, n°07-18907, FS P+B, D. 2009, 2731, P.-G. MARLY, D. 2010, 1045, H. SYNDET, JCP E 2009 1947, R. MARTY, Banque et droit 2009, n°127, p. 40, P.-G. MARLY et S. GOSSOU, JCP G 2009, comm. 271, n°17, Y.-M. SERINET, RGDA 2009, p. 1282, J. KULLMANN, RTD civ. 2009, 321, B. FAGES et B. BOULOC.

² Voir par ex. : Soc. 26 oct. 1999, Dr. soc. 2000, p. 214, C. RADÉ. Voir également : soc. 22 mai 1995, n°91-41584, P, soc. 20 oct. 1998, n°96-40908, P, soc. 22 févr. 2000, n°97-43465 P, soc. 2 juill. 2002, n°03-1311, P, soc. 4 mars 2003, n°01-41864, inédit, soc. 20 avr. 2005 RJS 2005, 710, soc. 5 juin 2008 n°07-41186, inédit.

³ Et, à ce titre, antérieure à l'ouverture de la procédure collective de l'agriculteur, même pour les cotisations annuelles dues après l'ouverture de la procédure ; elle ne bénéficie donc pas du privilège de l'anc. art. 40 et aurait dû être déclarée : com. 8 juill. 2003, n°00-15262, inédit.

⁴ POTHIER, Traité des obligations, p. 165, section IV, De ce qui peut faire l'objet et la matière des obligations.

⁵ DEMOLOMBE, n°314.

349. Il suffit de s'en tenir à la lettre de l'article 1129 alinéa 2 qui dispose que « *la quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ». La quantité peut ne pas seulement être inconnue, elle peut être « incertaine », c'est-à-dire qu'elle peut ne pas être figée, ne pas être fixée dans l'absolu au jour du contrat, mais dépendre d'événements postérieurs parfaitement imprévisibles qui en fixeront la teneur, ce pourquoi le subjonctif « puisse » est utilisé.

Il résulte de ce qui précède, qu'au jour de la formation du contrat, l'objet de l'obligation peut n'être ni déterminé ni déterminable ; il n'a pas à être chiffré précisément et ses éléments de calcul, s'ils doivent être connus dans leur nature, n'ont pas besoin d'être fixés dans leur substance. Il suffit que l'objet de l'obligation soit déterminable au stade de l'exécution du contrat d'après les éléments stipulés. Tel sera le cas dans l'obligation à terme incertain que nous avons déjà évoquée, l'obligation existe, mais son montant n'est ni connu ni prévisible au jour du contrat puisqu'il est impossible de savoir, de prévoir, à cette date quand interviendra l'événement qui en préside le terme.

En réalité, comme le montre Jacques Ghestin, la condition d'un objet déterminé constitue originellement une nécessité structurelle du contrat car il nécessite alors un nouvel accord des parties pour s'exécuter et nie par là sa propre nature : « *le contrat, qui exige un nouvel accord des parties pour déterminer l'objet ou le prix, ne remplit pas sa fonction sociale d'instrument indispensable des prévisions individuelles, conformément au principe de sécurité juridique, puisque les termes essentiels de l'échange ne sont pas fixés. Un tel contrat n'est plus qu'une apparence, dépourvue de toute force obligatoire* »¹.

350. Il s'ensuit que la jurisprudence pêche par excès en faisant échapper la détermination du prix à l'art. 1129 du Code civil² pour éviter la nullité des contrats cadres et de longue durée se référant au tarif fournisseurs. En effet, en présence d'une clause dite tarif fournisseur dans le contrat, « *son exécution est parfaitement possible. Il n'y a plus à proprement parler défaut de prix, c'est-à-dire absence d'un élément constitutif de l'objet du contrat, ou, si l'on préfère, de l'une des prestations réciproques, puisque les parties se sont entendues pour que l'une d'elles fixe celui-ci* ». La condition de détermination du prix participe de l'essence du contrat et ne peut dès lors échapper à aucune obligation puisqu'elle signifie que le contrat doit pouvoir s'exécuter sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire.

Ce constat d'un excès de la jurisprudence sur l'indétermination du prix correspond bien à la vision de la doctrine en la matière. Les auteurs remarquent en effet un hiatus consécutif de cette jurisprudence.

¹ J. GHESTIN, *Les obligations. La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^{ème} éd. 1999, n°689.

² AP, 1er déc. 1995, n°93-13688, *JCP E* 1996 I 523, J.-M. MOUSSERON, *RTD civ.* 1996, 153, J. MESTRE, *JCP G* 1996 II 22565, conc. M. JÉOL, note J. GHESTIN : quatre arrêts dont deux de cassation au visa des art. 1709, 1710, 1134 et 1135 du Code civil : « *Attendu que lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* ». Et surtout, le 2nd arrêt de rejet : « *Mais attendu que l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix et la cour d'appel n'ayant pas été saisie d'une demande de résiliation ou d'indemnisation pour abus dans la fixation du prix...* ». Le dernier arrêt, de rejet, rendu au visa des seuls articles 1134 et 1135 montre l'inclusion dans ce mouvement des contrats de longue durée prévoyant l'application du tarif en vigueur au jour des livraisons, c'est-à-dire un seul contrat à exécution successive donc et non un contrat cadre prévoyant une pluralité de contrats d'application : « *Attendu que la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement à intervenir n'affecte pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* ». Jacques Ghestin écrit dans sa note : « *Il doit en être déduit que les règles nouvelles n'ont vocation à s'appliquer que lorsque l'une des parties a le droit de fixer le prix dans les contrats ultérieurs d'exécution ou le prix des fournitures successives commandées en exécution du contrat initial* ».

Si la détermination du prix n'est plus une condition générale de validité, comment résoudre le dilemme des contrats qui ne comportent aucune stipulation concernant la façon de fixer le prix et qui sont dorénavant valables puisque le prix ne constitue plus une condition de validité ? Alain Benabent¹ en conclut que, de facto, le juge doit avoir le pouvoir de fixer le prix de ces contrats, il y aurait alors extension du régime des contrats d'entreprise à tous les contrats ne comportant pas une disposition spéciale en matière de détermination du prix. Messieurs Terré, Simler, et Lequette² ont une approche plus critique et montrent leur préférence pour la jurisprudence antérieure, Alcatel³, où les juges avaient simplement assoupli la condition de déterminabilité en estimant qu'un tarif fournisseur constituait un prix déterminable au sens de l'art. 1129. Toutefois, « *admettre que le juge pourrait se substituer aux parties reviendrait à nier le rôle des volontés, en contradiction avec le principe de liberté et de responsabilité qui, dans notre système juridique, justifie, avec celui de sécurité juridique, l'utilité sociale du contrat, et, par-là, la force obligatoire que lui reconnaît le droit positif* »⁴. Pour cette raison sans doute, Jacques Ghestin va plus loin et opère dans sa note sur les arrêts une interprétation particulièrement ambitieuse. Opérant un chemin inverse et partant de la prémisse selon laquelle la jurisprudence n'admettrait pas de donner au juge le pouvoir de fixer le prix dans des contrats autres que le contrat d'entreprise, l'auteur en conclut que les contrats qui ne comportent aucune précision sur le prix sont présumés avoir entendu faire référence au tarif fournisseur, s'agissant là d'une « *suite que l'usage donne à l'obligation d'après sa nature* »⁵, conformément à l'art. 1135 du Code civil. Et lorsqu'une telle suite ne peut se présumer, alors « *le contrat ne peut qu'être nul* » car il « *n'est pas susceptible d'exécution par suite d'un défaut structurel* »⁶. L'interprétation, séduisante, se heurte toutefois à la lettre de second arrêt selon lequel l'art. 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix.

351. Quoiqu'il en soit, la vision que donne Jacques Ghestin de la détermination des obligations nous apparaît empreinte de bon sens. Au final, toutes les obligations sont soumises à cette condition car, sans elle, le contrat aboutit sur une impasse, sur l'impossibilité d'exécution faute de pouvoir déterminer précisément ce qui doit être exécuté sans nouvel accord des parties. Nous pourrions même pousser le raisonnement un peu plus loin en l'étendant aux contrats d'entreprise. Finalement, dans ces contrats, lorsque le prix n'est pas fixé à l'avance, c'est bien que les parties ont entendu appliquer le prix qui sera fixé par le prestataire une fois le travail accompli, voire par le juge en cas de litige. À défaut, il y aurait nullité pour indétermination du prix car, si elles n'ont entendu appliquer ni le prix fixé unilatéralement par le prestataire ni le prix qui serait fixé par le juge, c'est que le contrat n'existe pas réellement car, faute de pouvoir déterminer les prestations à exécuter, un nouvel accord s'avère nécessaire. Ainsi, lorsqu'elle est admise, la fixation du prix par le juge rend nécessairement celui-ci déterminable au jour du contrat ; ce n'est donc pas que l'art. 1129 ne s'applique pas, c'est que la condition de déterminabilité est remplie puisque le juge peut opérer ladite

¹ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civiles et commerciaux*, Montchestien, 10^{ème} éd. 2013, Obligations, n°148.

² Les obligations, n°290 où les auteurs remarquent le manque de cohérence entre les solutions retenues.

³ Civ. 1, 29 nov. 1994, n°91-21009, P, D. 1995, 122, L. AYNES, *JCP G* 1995 II 22371, J. GHESTIN : « *la convention litigieuse faisait référence à un tarif, de sorte que le prix en était déterminable* » ou « *le prix des extensions était déterminable par référence au tarif* ».

⁴ J. GHESTIN, *Les obligations, La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^{ème} éd. 1999, n°689.

⁵ J. GHESTIN, *JCP G* 1996 II 22565, note sous AP 1^{er} déc. 1995 n°93-13688, spéc. n°20.

⁶ Ibid.

détermination et que la non-fixation au contrat échappe dès lors à l'impasse d'impossibilité d'exécution.

Tout repose donc sur les degrés de détermination envisageables. L'exigence de détermination par un texte particulier exclut la détermination unilatérale par l'une des parties ou la détermination par le juge. À l'autre extrémité, seul le contrat d'entreprise permet la détermination au moyen d'une fixation par le juge. Au centre, en l'absence de texte spécial, la détermination peut être abandonnée, même implicitement, à la détermination unilatérale par l'une des parties, généralement le prestataire.

C'est également du mode de détermination dont il est question dans les contrats à durée indéterminée puisque l'une de leurs particularités réside dans la faculté de résiliation unilatérale laissée au profit de chacune des parties.

b) La détermination par la rupture unilatérale du contrat

352. Dans notre système juridique, les contrats à durée indéterminée comportent une faculté de résiliation au bénéfice de chacune des deux parties¹. Il n'y a donc pas indétermination de la durée et des objets, la détermination s'effectue grâce à cette faculté de résiliation. L'objet des obligations à durée indéterminée est donc quant à lui déterminé au sens de l'art. 1129, la détermination s'opérant au stade de l'exécution par la date de mise en œuvre de sa faculté de résiliation par l'une des parties, cette date finissant l'obligation en fixant sa durée.

L'expression « contrat à durée indéterminée » est donc trompeuse car elle fait croire à une indétermination des objets qui serait la conséquence de l'indétermination de la durée et donc que les obligations ne peuvent ainsi exister faute d'avoir un objet déterminé. Or, en vérité, ni la durée ni les objets ne sont indéterminés au sens de l'art. 1129 du Code civil car ils sont déterminables au stade de l'exécution par le moment d'exercice de la faculté de résiliation. D'ailleurs, les arrêts de principe qui consacraient cette faculté unilatérale de résiliation ne faisaient pas usage de l'expression « durée indéterminée », mais mentionnaient les « *contrats dans lesquels aucun terme n'a été prévu* »².

Dans le contrat à durée indéterminée, l'objet de l'obligation se forme au fur et à mesure du temps qui passe à raison de l'absence d'exercice de la faculté de résiliation unilatérale des parties. Ce défaut d'exercice de la faculté unilatérale de résiliation ne fait pas naître successivement une pluralité d'obligations³, elle augmente simplement les objets des mêmes obligations a priori nées au jour du contrat.

¹ Art. 7.103 PDEC la consacre. Idem Art. 5.1.8 des Principes Unidroit.

² Civ. 1, 5 févr. 1985, n°83-15895, P, au visa de l'art. 1134 al. 2 du Code civil : « *attendu qu'il résulte de cette disposition que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties* ». Également : Com. 14 nov. 1989, n°88-10594 et 88-10757, P, com. 31 mai 1994, n°92-12548, P, com. 13 déc. 2002, n°04-10041, inédit, validant la résiliation par la banque de la convention de compte courant.

³ Contra M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41.

353. Deux arguments appuient la thèse d'une détermination de l'objet par l'exercice de la faculté unilatérale de résiliation.

En premier lieu, il a été admis que des contrats à durée déterminée pouvaient comporter une faculté de résiliation au bénéfice d'une seule des deux parties¹, la Cour relevant « *que la clause dont il s'agit n'affecte point l'engagement dans sa matérialité, dans son existence, mais simplement dans sa durée* ». Cela montre bien que la faculté unilatérale de résiliation ne fait pas obstacle à la naissance de l'obligation puisqu'on peut la retrouver pareillement dans un contrat à durée déterminée que dans un contrat à durée indéterminée, et qu'on sait que, pour les premiers de ceux-ci, l'obligation est née pour le tout au jour du contrat.

354. En second lieu, si la faculté de résiliation détermine l'objet des contrats, c'est parce qu'elle est techniquement indispensable au regard de la nécessité de détermination de l'objet des obligations.

S'il est vrai que la doctrine majoritaire fonde cette faculté de résiliation sur un principe de prohibition des engagements perpétuels, et que le Conseil constitutionnel situe sa valeur constitutionnelle dans l'article 4 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789², Jacques Ghestin montre quant à lui qu'il n'existe pas de principe général de prohibition des engagements perpétuels³ et qu'un tel principe n'est pas non plus souhaitable sur le plan prospectif. Un arrêt du 31 oct. 2000 est d'ailleurs en ce sens en ce qu'il refuse à une partie toute faculté de résiliation à l'égard d'une obligation perpétuelle qu'elle avait souscrite⁴. Surtout, cet arrêt illustre parfaitement la différence entre un contrat perpétuel et un contrat sans terme stipulé. Puisque sont parfois valables les contrats perpétuels et qu'un contrat perpétuel n'est pas un contrat à durée indéterminée, alors la faculté de résiliation unilatérale présente dans ces contrats ne devrait pas reposer sur un prétendu principe d'interdiction ces engagements perpétuels.

En réalité, admettre la validité d'un contrat sans terme stipulé implique nécessairement de reconnaître aux parties une faculté unilatérale de résiliation. Ce serait donc davantage une explication technique qu'un fondement politico-philosophique qui explique la faculté de résiliation unilatérale. Si le contrat ne comporte aucun terme et qu'il ne s'agit pas d'un engagement perpétuel, comment déterminer les obligations ? Si leur durée n'est pas définie, il y a indétermination des obligations, violation de l'art. 1129 et nullité structurelle du contrat. La seule solution est donc de donner aux

¹ Civ. 2 mai 1900, *D.* 1900, 1, 392 ; S. 1901, 1, 217, A. WAHL : il s'agissait d'un contrat entre un théâtre et une artiste pour une durée déterminée, mais laissant au théâtre la faculté de rompre le contrat avant le terme convenu, mais à des dates aménagées à l'avance. La Cour relève que l'existence des obligations n'était pas suspendue dès lors qu'une durée minimale existait, seule la durée des obligations était aménagée.

² CC 9 nov. 1999 n°99-419 relative au PACS, *RTD civ.* 2000, 109 J. MESTRE et B. FAGES.

³ J. GHESTIN, *Les obligations. La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^{ème} éd. 1999, n°205 et 206 : L'auteur estime que la validité des engagements perpétuels est affaire de casuistique et doit s'examiner à l'aune de la nature du contrat particulièrement de son utilité économique et sociale. Particulièrement, il est des cas où la perpétuité est utile socialement et économiquement. En outre, l'atteinte à la liberté se fait moindre lorsque la personne perpétuellement engagée est une personne morale.

⁴ Civ. 3, 31 oct. 2000, n°99-12130, inédit : moyennant le versement de 60.000 F par des parties pour financer des travaux, une commune s'engage par une concession perpétuelle à fournir un certain débit d'eau aux parties à la convention. Au début des années 90, les ayants droit se plaignent de l'insuffisance du débit d'eau. La commune les assigne pour obtenir la résiliation. La cour d'appel la déboute. La 2^{ème} branche du moyen du pourvoi de la commune invoque la faculté de résiliation unilatérale en l'absence de terme. Le pourvoi est pourtant rejeté : « *Mais attendu que les cocontractants, qui avaient exécuté de manière spontanée le contrat à durée illimitée par le versement à l'origine de la somme de 60.000 francs en contrepartie de la prestation de la commune ne pouvaient bénéficier de la faculté de résiliation unilatérale du contrat... en a exactement déduit que, faute d'être réciproque, la faculté de résiliation unilatérale du contrat revendiquée par la commune, sur le fondement de l'article 1134 al. 2, du Code civil, constituait un moyen de modifier unilatéralement l'équilibre du contrat* ».

parties une faculté unilatérale de résiliation qui rende les objets des obligations déterminables au stade de l'exécution. C'est donc parce qu'elle résulte de la condition de détermination et de la validité des contrats sans terme stipulé, dits à durée indéterminée, que la faculté de résiliation constitue le mode de détermination des objets des obligations issues d'un contrat à durée indéterminée.

Cela correspond d'ailleurs d'après nous à la volonté des parties, ce qui ferait reposer la faculté de résiliation unilatérale sur l'art. 1135 du Code civil, les suites du contrat d'après la nature de l'obligation. En effet, si elles n'ont pas voulu s'engager pour un temps déterminé, c'est bien qu'elles ont préféré s'engager pour le temps qu'il leur plaira, à savoir jusqu'au moment où elles voudront sortir du contrat.

355. Ainsi, des obligations peuvent donc avoir leur montant final inconnu au jour de la formation du contrat, cela ne les empêche pas de naître pour le tout. Reste à surmonter le problème de la détermination de l'obligation à objet à formation progressive par l'exercice de la faculté unilatérale de résiliation qui permet *a priori* à la partie de maîtriser l'ampleur de l'objet des obligations au contrat et plus spécifiquement de sa propre obligation. N'y a-t-il pas là nullité pour potestativité ? Partant d'une nullité structurelle par un contrôle de la viabilité du contrat, nous passons à présent à un contrôle d'équité, de justice contractuelle qui veut qu'une partie ne soit pas maîtresse du contenu de son obligation¹.

B. La validité des créances contractuelles de prix à objet à formation progressive

356. L'objet peut être déterminable en fonction de données qui ne sont pas encore connues au jour du contrat. Le contrat à durée indéterminée ne diffère pas en cela d'autres contrats, que ce soit certains contrats à exécution instantanée ou de certains contrats à durée déterminée, par exemple dans le cas d'un terme incertain. L'obstacle qu'il reste se situe dans le mode de détermination. Par résiliation, la partie délimite l'objet de sa propre obligation. Malgré tout, une telle obligation ne peut être invalidée pour potestativité car la partie délimite aussi sa propre créance. À cela s'ajoute, d'après nous le caractère bilatéral de la faculté de résiliation elle-même. Les deux arguments n'ont toutefois pas la même valeur.

Le sacrifice corrélatif d'une limitation simultanée de la créance réciproque suffit à sauver de la nullité pour potestativité l'obligation issue du contrat à durée indéterminée telle que nous la concevons (1). La réciprocité de la faculté de résiliation quant à elle n'est pas nécessaire pour faire échapper notre obligation à la potestativité, mais elle vient conforter l'absence de potestativité (2).

¹ J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, 293 : l'auteur met bien en exergue les deux sortes de contrôles qui furent tout deux inclus dans la détermination du prix lorsque la nullité était prononcée pour indétermination du prix alors que le contrat comportait une clause tarif fournisseur.

1/ La bilatéralité de la limitation des obligations

357. Bien que certains auteurs aient dénié toute utilité à la nullité pour condition potestative¹, il n'en reste pas moins que **l'article 1174 du code civil** dispose de la nullité d'une obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. Certes, il n'est plus à proprement parler question de naissance des obligations. Cependant, celui qui possède la maîtrise quant à la quotité de sa propre obligation se trouve dans une situation pour ainsi dire identique, il décide in fine de ce qu'il doit ou non à son contradicteur.

Pour cette raison, la détermination de l'obligation par la faculté de résiliation des parties doit être examinée au regard de la coloration potestative qu'elle comporte. En effet, la partie qui résilie le contrat détermine par là même l'objet de sa propre obligation en l'empêchant de continuer de croître. À s'en tenir à cette seule analyse, la thèse que nous avançons de l'obligation à objet à formation progressive née d'un contrat à durée indéterminée, dont l'objet croît par le maintien temporel du lien contractuel du fait de son absence de rupture, serait invalidée pour potestativité. Plusieurs arguments conduisent cependant au franchissement de ce dernier obstacle.

358. Ce qui permet d'écarter la nullité pour potestativité dans notre hypothèse d'une obligation dont le contenu dépendrait en partie de la faculté de résiliation unilatéral du débiteur, c'est que celui-ci subit **une perte réciproque, un sacrifice corrélatif** lorsqu'il exerce sa faculté de résiliation. En effet, du fait du caractère synallagmatique du contrat, le résiliant ne détermine pas seulement l'ampleur de sa propre obligation, il détermine également la quotité de sa propre créance corrélatrice.

359. Il a déjà été remarqué depuis longtemps que le caractère synallagmatique pouvait, voire devait faire échec à la nullité pour condition potestative.

Ablert Wahl se demande en 1901 « *s'il ne faut pas... décider que la condition potestative suspensive elle-même est valable dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux* ». Et, invoquant des arguments d'analyse textuels mais aussi tirés de Pothier et du droit romain, l'auteur conclut sur cette question que « *le principe qu'il faudrait proclamer, le seul qui soit d'accord avec les textes, les précédents, la raison et, nous pouvons ajouter, avec les théories consacrées par la jurisprudence elle-même, c'est que, dans les contrats synallagmatiques à titre onéreux, la condition potestative, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, est toujours valable* ».

Aubry et Rau² remarquent dans le même sens que la condition suspensive potestative qui suspend l'une des obligations au contrat implique la suspension de l'autre par le mécanisme de la cause et que le contrat n'est pas nul pour autant puisque la manifestation de volonté faisant se réaliser la condition engendre la naissance des deux obligations réciproques stipulées au contrat.

¹ William DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p. 701 : « *quoi qu'affirme l'art. 1174, il n'y a pas de nullité spécifiquement attachée à la potestativité de la condition. Non que le contrat affecté d'une telle condition ne soit jamais nul, mais qu'il le soit alors sur un autre fondement. D'aucuns auraient dit qu'il n'y a pas de solution parce qu'il n'y a pas de problème* ». Et l'auteur cite DEMOLOMBE qui était également en ce sens.

² AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 4, *Les obligations*, par E. Bartin, 6ème éd., 1942, §302.

Allant plus loin, ayant relevé les hésitations de la jurisprudence en la matière, Jacques Ghestin observe que « *il serait particulièrement fâcheux que l'une des parties soit tenue d'accomplir sa prestation, tandis que l'autre pourrait, par un acte arbitraire, s'affranchir de son obligation corrélative* »¹.

Gilles Goubeaux achève d'après nous la réflexion en la matière avec une grande limpidité dans une note de 1974² : « *La comparaison des différentes situations que l'on vient d'évoquer fait vite apparaître la pièce essentielle qui manquait au raisonnement. La nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige n'est encourue que dans des cas où le créancier a déjà effectué préalablement une prestation, de sorte qu'en se dispensant arbitrairement d'exécuter sa propre dette, le débiteur profiterait d'un enrichissement injuste. Alors, tout se met en place de façon cohérente et le système s'explique rationnellement* ».

La délimitation de sa propre dette par l'effet de sa résiliation unilatérale n'invalide donc pas l'obligation née du contrat à durée indéterminée, car le débiteur effectue un sacrifice corrélatif, il se prive pour l'avenir de la créance réciproque délimitée à proportion de l'équivalent stipulé. Ce seul constat suffit à valider l'existence possible d'une telle obligation à objet à formation progressive. Nous pouvons y ajouter le fréquent caractère bilatéral de la faculté de résiliation.

2/ La bilatéralité de la faculté de résiliation

360. Il ne s'agit pas là d'un argument nécessaire à la validité de l'obligation contractuelle à objet à formation progressive issue du contrat à durée indéterminée, mais d'un argument supplémentaire à cette validité précédemment démontrée. Le caractère bilatéral du sacrifice existe aussi à l'état latent au plan de la mise en œuvre de la faculté de résiliation. En effet, si le débiteur peut limiter par sa volonté l'évolution du montant de sa dette, son créancier peut également par sa volonté seule limiter le montant de sa créance.

361. Cette remarque ne vaut sans doute pas pour tous les contrats à durée indéterminée car la faculté de résiliation n'existe peut-être pas toujours au profit des deux parties. Cela ne nuit pas à la validité de l'obligation à objet à formation progressive dans le contrat à durée indéterminée car, de toutes les façons, celui qui résilie fait malgré tout le sacrifice de son droit corrélatif, de sa créance corrélatrice et cela suffit seul à ne pas invalider pour potestativité la perfection de l'objet par l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale.

Malgré tout, l'exercice de la faculté de résiliation du contrat à durée indéterminée est toujours bilatéral. Dans les baux d'habitation et commerciaux, les contrats successifs sont aujourd'hui à durée déterminée, dès lors ils ne peuvent être cités comme exemples de contrats à durée indéterminée dont la faculté de résiliation ne serait laissée qu'au bénéfice d'une seule personne, en l'espèce le preneur.

¹ J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, 293.

² G. GOUBEAUX, note sous CA Paris, 15 mars 1974, *JCP G* 1974 II 17786.

Il ne resterait que le contrat de travail où il pourrait être prétendu que la faculté de résiliation serait laissée au seul loisir du salarié. Mais cela est faux, nous semble-t-il. L'employeur peut très bien résilier, mais il doit indemniser. De là le sens commun en déduit l'impossibilité de résilier, mais tel n'est pas le cas, c'est l'impossibilité de résilier sans indemniser, ce qui est tout différent. Comme contre-exemple, on peut citer le seul cas exceptionnel des salariés protégés, délégués syndicaux, représentants du personnel. S'ils sont licenciés sans autorisation de la DDTEFP, ils doivent être réintégrés, ce qui n'est pas le cas du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse. Remarquons que même les salariés protégés peuvent être licencié, mais il faut l'autorisation de la DDTEFP. Dès lors, il n'est pas possible de dire pour le contrat de travail que la faculté de résiliation unilatérale n'existe qu'au profit d'une seule partie.

Il en va de même pour les contrats d'intérêts communs tel le contrat d'agent commercial, il peut y avoir résiliation du mandant, mais il lui faut indemniser l'agent commercial de la valeur patrimoniale que représente la clientèle apportée par l'agent, deux années de commission d'après une jurisprudence séculaire.

362. Ainsi, même sous l'angle de l'exercice de la faculté de résiliation, le sacrifice abstrait nous semble réciproque et vient dès lors renforcer l'absence d'invalidité pour potestativité qui pourrait être opposée aux obligations issues du contrat à durée indéterminée vues comme des obligations à objet à formation progressive dont l'objet serait perfectionné par résiliation unilatérale d'une partie ou de l'autre.

Conclusion de section, le fondement nouveau d'un objet à formation progressive :

363. La thèse classique d'une naissance pour le tout au jour du contrat peut bénéficier d'une assise théorique, même dans le contrat à durée indéterminée. Les obligations nées de ce contrat incorporent immédiatement toute la potentialité de l'exécution future du contrat. Ce sont des obligations à objet à formation progressive. Celui-ci se précisera au fur et à mesure de l'exécution du contrat et se figera lors de sa cessation quelle qu'en soit la cause. L'obligation n'est pas déterminée mais déterminable en fonction de l'événement futur qui mettra fin à l'exécution du contrat et dont la date de survenance est incertaine au jour de la formation du contrat. La situation est analogue aux obligations à terme incertain. Certes, dans le contrat à durée indéterminée, l'un des modes de cessation du contrat et de détermination des obligations pourrait a priori poser problème, la faculté de résiliation unilatérale laissée au profit de chacune des parties. Mais le caractère bilatéral des effets de cette résiliation suffit à valider malgré tout l'obligation déterminable suivant ce mode au regard de la condition de potestativité. En effet, celui qui l'exerce ne fait pas que limiter sa dette, il cantonne par là même sa créance réciproque en conformité avec l'équivalent stipulé et n'a donc nullement la maîtrise de l'amplitude des avantages, des gains qu'il peut tirer du contrat.

Possible au plan théorique, la naissance pour le tout au jour du contrat se justifie également au plan théorique. Il est sain pour le système de droit privé que les solutions quant à la date et au mode de naissance des obligations soient identiques pour tous les contrats à exécution successive, qu'ils soient à durée déterminée ou indéterminée. Le choix d'une naissance pour le tout au jour du contrat par

identité aux contrats à durée déterminée est donc préférable. Cela correspond à la fonction économique de la créance. Mobilisée pour financer un investissement, il est économiquement préférable qu'elle le soit avec la même efficacité nonobstant la physionomie du contrat qui l'a fait naître, à durée déterminée ou indéterminée.

Pour ces raisons, il est préférable que la date de naissance soit également fixée pour le tout au jour du contrat à durée indéterminée. La solution ne doit pas être fondée sur une fiction juridique. S'il doit y avoir fiction, la cohérence du système de droit privé commande que celle-ci se situe davantage sur le terrain du droit spécial du cautionnement que sur celui du droit commun particulièrement transversal des obligations, de leur date et de leur mode de naissance. C'est là déjà empiéter sur les arguments techniques invoqués par les partisans des thèses d'une naissance successive de la créance de prix dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation efficace du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée et l'absence de déchéance du terme.

364. En réalité, une fois exposées l'explication et la justification jusque là ignorées d'une naissance pour le tout au jour du contrat de la créance de prix dans les contrats à durée indéterminée, les arguments techniques perdent très largement de leur impact. Dès lors que la naissance successive de la créance s'impose plus au plan théorique, les arguments techniques peuvent être abordés avec davantage d'esprit critique, en s'interrogeant sur leur compatibilité avec une naissance pour le tout au jour du contrat. Cette compatibilité peut être trouvée. Pour la trouver encore fallait-il l'envisager. Pour l'envisager encore fallait-il admettre au plan théorique la possibilité d'une invalidité de la naissance successive et d'une validité d'une naissance pour le tout au jour du contrat. Cette compatibilité emporte l'inutilité du fondement traditionnel de la naissance successive de la créance pour expliquer les deux phénomènes qui constituent les arguments techniques des partisans de cette thèse.

Section 2 : Inutilité du fondement traditionnel d'une naissance successive de la créance

365. Les partisans d'une naissance successive de la créance s'appuient techniquement sur deux éléments au soutien de leur thèse dans les contrats à durée indéterminée, la jurisprudence sur la résiliation efficace du cautionnement d'un tel contrat et l'absence de déchéance du terme. En réalité, ces arguments ne font mouche que dans la mesure où il n'y avait pas d'explication théorique à une éventuelle naissance pour le tout au jour du contrat des créances dans de tels contrats. Il en découlait que les arguments techniques ne faisaient que conforter un présupposé déjà clairement ancré dans les esprits, celui de l'application incontournable de la thèse périodique dans les contrats à durée indéterminée. Nous venons cependant d'éradiquer ce présupposé théorique. Il s'ensuit un changement de paradigme. Les arguments techniques des partisans de la thèse périodique dans les contrats à durée indéterminée peuvent dorénavant être examinés en se demandant si les phénomènes soulevés ne sont pas en réalité compatibles avec une naissance pour le tout au jour du contrat ou s'ils impliquent nécessairement une naissance périodique des créances. Or, à l'examen, il s'avère que les phénomènes invoqués sont compatibles avec une naissance pour le tout au jour du contrat. La

jurisprudence en matière de cautionnement n'est pas si explicite et peut s'expliquer par une politique de faveur pour la caution. Et l'impossible déchéance du terme, outre qu'elle n'est en réalité pas consubstantielle d'une absence de naissance de la créance, peut trouver un substitut par analogie avec les mécanismes applicables en matière de rente viagère.

Il convient donc de reprendre ces deux arguments techniques, la jurisprudence sur la résiliation efficace du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée (§1) et l'impossible déchéance du terme (§2). À chaque fois, une autre explication que la naissance successive de la créance peut être avancée, si bien que le fondement classique de la thèse périodique invoqué pour les expliquer est en réalité inutile.

§ 1 : Interprétation renouvelée de la résiliation du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée

366. Les solutions rendues quant aux obligations de la caution peuvent indiquer la date de naissance de la créance principale objet du cautionnement. Cela résulte de la réception et de l'application en droit positif de la célèbre distinction entre obligation de couverture et de règlement proposée en 1979 par Christian Mouly¹ dans sa thèse de doctorat.

Face au problème de la dangerosité des cautionnements omnibus, Christian Mouly dégage la dualité des obligations issues d'un contrat de cautionnement, obligation de couverture et de règlement. La particularité et le danger des cautionnements omnibus repose dans la couverture de dettes futures. Les dispositions du Code civil n'ont pas été écrites en pensant à la possibilité de cautionner des dettes futures. Cela implique la nécessité de compléter la théorie par une jurisprudence adéquate orientée par une construction doctrinale intelligente, construction à laquelle s'est employé Monsieur Mouly.

L'obligation de couverture² qui réside dans l'obligation de couvrir les dettes du débiteur principal, est une obligation successive intuitu personae. Elle cesse par la survenance du terme contractuel, par la résiliation unilatérale de la caution à défaut de terme, ou encore par la disparition ou le changement de l'une des personnes intuitu personae au contrat de cautionnement³. Enfin, c'est

¹ C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, th. 1979, spéc. n°252 et s.

² Ibid n°256.

³ Si aucun doute n'existe concernant l'intuitu personae sur la tête de la caution ou du débiteur principal, alors même que celui-ci n'est pas partie au contrat de caution, tel n'est pas le cas du créancier. La doctrine conteste fortement l'existence de l'intuitu personae sur la personne du créancier. Et les juges du fond se font parfois l'écho de la doctrine en suivant la position de cette dernière. Ainsi en allait-il dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 février 1998 : « *Si l'engagement de caution comporte un effet intuitu personae à l'égard du débiteur principal, la caution s'engage quelle que soit la personne du bénéficiaire. Le tribunal a donc justement estimé que le changement de propriétaire de l'appartement ne modifiait nullement les obligations de la caution qui a garanti le bail portant sur ce bien et qui n'avait pas à être informée de sa vente* » (CA Paris, 3 févr. 1998, Jurisdata n°020179). Les critiques plus ciblées des auteurs portent sur les cas de changement de créancier par fusion. L'obligation de couverture cesse en principe lorsque l'opération entraîne la dissolution du créancier, par exemple, lorsque la société créancière se fait absorbée, mais perdure lorsque c'est la société créancière qui absorbe. Or, à l'instar des critiques doctrinales en la matière, il faut bien reconnaître une part de fiction à ces solutions. En effet, l'essentiel de la substance du créancier peut très bien subsister à son absorption, tandis que l'envergure d'une société tierce absorbée peut très bien perturber de façon substantielle ce qui faisait l'identité, l'essence de la société absorbante. L'art. 1844-4-1 de l'avant-projet Catala, comme le font remarquer Anne-Sophie BARTHEZ et Dimitri HOUTCIEFF (*Les sûretés personnelles*, traité, LGDJ 2010 n°1023), prévoyait d'ailleurs le maintien de

l'existence, la survie de l'obligation de couverture qui permet à l'obligation de règlement de prendre naissance, ce qui signifie qu'en cas d'extinction de l'obligation de couverture, plus aucune obligation de règlement ne peut naître.

L'obligation de règlement¹ réside quant à elle dans l'obligation de payer la dette principale en cas de défaillance du débiteur. Pour cette raison, elle n'apparaît, ne naît qu'avec la survenance de la dette principale. Contrairement à l'obligation de couverture, il s'agit d'une obligation instantanée qui naît instantanément au moment où naît la dette principale. Et, toujours par opposition à l'obligation de couverture, l'obligation de règlement ne comporte pas de terme, ne peut être résiliée et n'est pas intuitu personae, elle passe donc aux héritiers de la caution et ne cesse pas d'exister en cas de décès ou de changement du débiteur principal ou du créancier.

Cette application de la distinction entre obligation de couverture et de règlement par la jurisprudence permet en principe d'induire la date de naissance de la créance des dettes cautionnées. Les obligations nées avant l'extinction de l'obligation de couverture sont garanties, celles nées après ne le sont pas. Dès lors, en théorie, pour un contrat à exécution successive tel un contrat de bail dont les loyers seraient garantis par un engagement de cautionnement, si les loyers postérieurs à l'événement interruptif de l'obligation de couverture² doivent être payés par la caution, c'est qu'il n'y avait qu'une seule créance de loyers née au jour du contrat pour tous les termes successifs de loyers. Mais si la caution n'est pas tenue, c'est que la dette de loyer était à naissance successive conformément à l'une des thèses reportant la naissance de la créance à une période postérieure à la formation du contrat, thèse matérialiste ou périodique.

367. La jurisprudence en la matière réfute les thèses contemporaines d'une naissance successive de la créance dans les contrats à durée déterminée. En effet, pléthore d'arrêts font ressortir que la créance naît une et entière au jour du contrat. Lorsqu'un événement interruptif de l'obligation de couverture survient en cours de contrat, la caution reste tenue des échéances postérieures qui correspondent le plus souvent à une prestation postérieure. La thèse périodique et la thèse matérialiste se trouvent ainsi réfutées en droit du cautionnement. Les exemples sont pléthores en matière de baux où la caution personnelle constitue une garantie courante. Toutefois, dans la mesure où nous entendons, quelque part, montrer que le droit du cautionnement n'est pas nécessairement un si bon indicateur de la date de naissance de la créance, nous avons préféré nous abstenir. Nous pouvons cependant relever ici cette jurisprudence dans la mesure où la naissance successive de la

l'obligation de couverture en cas de dissolution du créancier : « *En cas de dissolution de la société créancière pour l'une des causes indiquées à l'alinéa précédent, la caution demeure tenue tant pour les dettes nées antérieurement à l'opération que, sauf clause contraire, pour celles nées postérieurement* ». Et une telle critique peut toutefois être étendue à la disparition du débiteur ou même de la caution dans une opération de restructuration comme semblent le soulever Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC et Philippe PETEL (, *Droit des sûretés*, Litec, 9^{ème} éd. 2010, n°219). Voir sur cette question, Dimitri HOUTCIEFF, « Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution, contribution à l'étude de l'intuitu personae », *RTD civ.* 2003, p. 3, spéc. n°55 : « *dans les faits, la caution a certainement plutôt en vue le service qu'elle rend au locataire que la considération du créancier* ». L'auteur estime qu'il ne devait pas y avoir d'intuitu personae de principe sur la personne du créancier, mais que l'interprétation du contrat de cautionnement pourrait par contre conduire à prendre en compte les qualités déterminantes du créancier ayant conduit la caution à contracter l'engagement, le maintien de ces qualités conditionnant dès lors le maintien de l'obligation de couverture.

¹ C. MOULY, th. op. cit. n°261.

² Il peut s'agir du remplacement d'une personne par décès, fusion-scission ou transfert de la dette cautionnée. En effet, le contrat de cautionnement est en principe intuitu personae sur la tête de la caution, du créancier et du débiteur principal bien que celui-ci ne soit pas partie au contrat de cautionnement. Mais il peut aussi s'agir de la résiliation unilatérale du cautionnement par la caution lorsque la caution et le contrat cautionnés sont à durée indéterminée.

créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée se trouve mise en exergue en droit du cautionnement par contraste avec la solution adoptée en matière de contrat à durée déterminée.

Un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 décembre 2004 s'avère incontournable en la matière, qui décide « *qu'en cas de vente d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'art. 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du Code civil* »¹. Il s'agit bien, d'après la lettre de la cour, d'une seule créance de plusieurs loyers, comportant plusieurs termes d'échéances. Cette solution est aujourd'hui reprise par la loi à l'art. 22-1 de la loi n°89-462 du 6 juill. 1989 qui dispose pour le cautionnement du bail d'habitation que « *sa résiliation prend effet au terme du contrat de location* », ce bail étant systématiquement à durée déterminée, même reconduit². La solution est identique lorsque l'évènement qui met fin à l'obligation de couverture n'est pas le transfert du bail cautionné à un nouveau propriétaire de l'immeuble loué, mais la fusion-absorption du créancier³.

La même solution se reproduit encore à la rencontre du droit des régimes matrimoniaux et du droit du cautionnement. La Cour de cassation avait ainsi censuré un arrêt d'appel qui avait refusé le recours du crédit bailleur contre l'épouse après changement de régime matrimonial pour les loyers postérieurs à ce dernier. Les juges du fond avaient considéré que la dette de la caution était née au jour du premier impayé postérieur au changement. L'arrêt est cassé car « *les créances des loyers dus en vertu du contrat de crédit-bail et garanties par la caution existaient dès le jour du contrat, même si leur exigibilité était retardée et que l'obligation de la caution était parfaite dès le jour de son engagement...* »⁴.

¹ AP, 6 déc. 2004, n°03-10713, P, D. 2005, p. 227, L. AYNÈS, D. 2005, 70, V. AVENA-ROBARDET, Def. 2005, art. 38142, p. 634, É. SAVAUX, GP 2005, p. 504, P. RÉMY, JCP G 2005 I 135, P. SIMLER, JCP G 2005 II 10010, S. PIEDELIÈVRE, LPA 2005, n°61, p. 7, D. HOUTCIEFF, RD banc. et fin. 2005, n°37, p. 17, D. LEGEAIS, RTD com. 2005, 51, J. MONÉGER, réunion mécanique par résistance des juges du fond. Il s'agissait d'un bail à durée déterminée d'une durée de 6 ans. Ce n'est pas l'obligation de couverture qui était transmise. Celle-ci s'était bien éteinte avec le changement du créancier du fait de la cession de l'immeuble donné à bail. L'accessoire de la créance de loyer transmis avec la vente n'était autre que l'obligation de règlement de la caution qui ne disparaît pas en cas de changement de l'une des personnes intuitu personae, mais se transmet ici à l'ayant-cause à titre particulier.

² Art. 10 de la loi du 6 juill. 1989 : 3 ans pour un bailleur personne physique, 6 ans dans le cas d'une personne morale. La loi dispose également que la tacite reconduction donne lieu à un nouveau contrat d'une même durée et non pas à durée indéterminée comme en droit commun. Et l'art. 22-1 étend le cautionnement aux contrats tacitement reconduits ou renouvelés encore une fois contrairement au droit commun qui, faisant application du principe d'interprétation stricte du cautionnement n'étend pas la garantie de la caution à ces nouveaux contrats, sauf stipulation contraire. L'art. 22-1 précise au sujet de la résiliation du cautionnement que celui-ci prend effet à la fin du contrat en cours à la date de ladite résiliation, la caution n'échappe donc pas à la couverture des termes postérieurs à sa résiliation, même lorsqu'il s'agit d'un contrat reconduit ou renouvelé.

³ De même, com. 8 novembre 2005, n°01-12896, P, D. 2005, 2875, A. LIENHARD, D. 2006, 2855, P. CROCQ, Droit et patrimoine 2006, n°145, p. 123, L. AYNÈS et P. DUPICHOT, Dr. sociétés 2006, p. 15, H. LÉCUYER, GP 2005, n°364, p. 11, N. MORELLI, JCP E 2006, n°1000, p. 14, D. LEGEAIS, JCP G 2005 II 10170, p. 2265, D. HOUTCIEFF, JCP G 2006 I 131, p. 731, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, RTD com. 2006, 145, P. LE CANNU : « *en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante* », la caution devant dès lors couvrir les échéances de loyers postérieurs à la disparition du créancier par fusion absorption. Com. 30 juin 2009, n°08-10719, inédit qui rappelle en chapeau « *qu'en cas de fusion de la société, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante* ». Egalement en ce sens, Com. 14 mai 2008, n°07-14305, inédit, Dr. sociétés, 2008, p. 24, H. HOVASSE, JCP G 2008 I n°211, P. SIMLER, RD banc. et fin. 2008, n°5, p. 50 et n° comm. 105, A. CERLES, Civ. 1, 4 oct. 1989 n°87-17920, P, pour le cautionnement d'un bail. Dans le même sens, com. 4 juin 2002 n°98-23280, inédit, RTD com. 2003 p. 114, C. CHAMPAUD et D. DANET, Dr. sociétés 2002, n°206, T. BONNEAU, pour la location d'un camion où l'arrêt ne précise d'ailleurs pas si la location était à durée déterminée ou indéterminée.

⁴ Civ. 1, 16 déc. 1986, n°85-11644, P. L'espèce n'était pas soumise à l'art. 1415 du Code civil introduit par la loi de 1985, qui exige le consentement des deux époux pour engager les biens communs par un cautionnement. Le recours pour moitié contre

La solution est identique à celle rendue en matière de codébiteur solidaire non intéressé à la dette¹. Par exemple en cas de maintien dans les lieux de l'un des copreneurs après congé de l'autre, le partant reste tenu des loyers postérieurs². La raison objective est identique, la naissance antérieure de la dette de tous les loyers postérieurs.

Des arrêts dissidents peuvent tout de même être relevés. Dans un arrêt du 17 juillet 1990³, la chambre commerciale de la Cour de cassation juge que « *la caution d'une partie à un contrat de concession exclusive n'est pas tenue des obligations nées après la fusion du créancier dans le cadre de l'exécution de ce contrat en cours* » alors que ledit contrat était à durée déterminée. De même, dans un arrêt de la chambre commerciale du 21 novembre 1995⁴, un contrat de crédit-bail avait fait l'objet d'une cession dans le cadre d'un plan de cession faisant suite à la procédure collective du crédit-preneur, débiteur cédé. La cour énonce sous forme de chapeau interne que, « *si la caution reste garante des loyers échus antérieurement à la cession, nés du chef du débiteur cédé, elle ne garantit pas les loyers postérieurs dus par le cessionnaire, dont elle n'a pas garantie des obligations, à moins que par un nouvel engagement elle ait donné sa garantie au cessionnaire pour le paiement de ces loyers* ».

368. Par contraste à ces solutions rendues en matière de contrat à durée déterminée, la Cour de cassation sous-entend qu'il en irait autrement en matière de contrat à durée indéterminée. C'est à ce niveau que se situe l'argumentation des partisans de la thèse périodique en matière de contrats à durée indéterminée. Cependant, la jurisprudence n'est en réalité pas explicite si bien que l'argument repose sur l'interprétation des partisans de la thèse périodique (A). En réalité, si la solution d'une libération de la caution, approuvée tant par Jérôme François⁵, Messieurs Simler et Delbecq⁶, ou

l'épouse dorénavant séparée de bien pouvait prospérer sur le fondement de l'art. 1483 du Code civil. Dans le même sens, Civ. 1, 17 juin 1986, Bull. n°169, JCP G 1987 II 20816.

¹ DIDIER R. MARTIN, « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », RTD civ. 1994, 49.

² Civ. 3, 8 nov. 1995, n°93-17110, P, Déf. 1995, art. 36272, P. DELEBECQUE, Def. 1995, art. 36358, A. BÉNABENT, *Droit et patrimoine* 1996, n°39, p. 73, C. MACORIG-VENIER, RDI, 1996, 285, F. COLLART-DUTILLEUL et J. DERRUPÉ, civ. 3, 13 juin 2001, n°99-18382, inédit, civ. 3, 19 juin 2002, n°01-00652, P, D. 2003, 731, N. DAMAT, Def. 2003, art. 37736, p. 672, V. BRÉMOND, *Loyers et copr.* 2002, 221, B. VIAL-PEDROLETTI, RJPJF 2002, 10/18, A. LEBORGNE. Il y a une obligation unique liant plusieurs débiteurs en cas de solidarité, ce qui n'est pas le cas en l'absence de solidarité où il y a autant de liens d'obligations qu'il y a de codébiteur. Ainsi, le copreneur non solidaire n'est pas tenu des loyers dus par son colocataire après à son congé et à son départ, civ. 3, 21 nov. 1990, n°89-14827, P.

³ Com. 17 juill. 1990 n°89-11059, P.

⁴ Com. 21 nov. 1995, n°93-20387, P, D. 1997, 5, F. DERRIDA, D. 1996, 336, L. AYNÈS, Def. 1996, p. 258, J.-P. SÉNÉCHAL, JCP E 1996 II 22635, C. JAMIN et M. BILLIAU, LPA 31 janv. 1997, n°14, p. 19, F. DERRIDA, RD banc. et bourse, 1996, p. 36, M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI, RTD com. 1996, 347, A. MARTIN-SERF. Dans le même sens : Com. 26 oct. 1999 n°97-14866, inédit.

⁵ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, traité, Economica, 2013, n°341 : « *Le droit de résiliation unilatérale appartient à toute caution qui garantit, sans limitation de durée un ensemble de dettes ou une dette à durée indéterminée. Parmi les cautionnements visés, figure donc au premier chef le cautionnement général (ou omnibus) à durée indéterminée. Il en va de même du cautionnement non limité dans le temps d'un contrat faisant naître des dettes successives pour une durée indéterminée, qu'il s'agisse d'une convention de compte courant ou d'un bail. A contrario, le droit de résilier unilatéralement n'appartient pas (sauf stipulation contraire) à la caution qui garantit l'exécution d'un contrat à durée déterminée* ».

⁶ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, précis Dalloz 5^e éd. 2009, n°225, les auteurs affirment la solution se fondant sur la loi imposant l'information de la caution quant à cette faculté de résiliation ainsi que sur l'arrêt précité du 25 avr. 1990 n°15-88189, P, invoqué par les partisans de la thèse contemporaine : « *La durée joue un rôle essentiel lorsque l'engagement de la caution garantit un ensemble de dettes ou un contrat à exécution successive à durée indéterminée... Il convient de réaffirmer d'abord que le cautionnement d'un ensemble de dettes sans limitation de durée, comme aussi celui d'un contrat principal à échéances successives à durée indéterminée, sont unilatéralement résiliables* ». Voir aussi P. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, traité Litec, 14^e éd., 2008, n°771 : « *Dès lors qu'un contrat est souscrit pour une durée déterminée, ce qui constitue l'hypothèse la plus fréquente, ce cautionnement doit être traité comme celui* ».

encore Messieurs Ghestin, Biliau et Loiseau¹, est difficilement contestable, il n'en va pas de même du fondement qui lui est prêté, celui-ci ne pouvant d'après nous reposer sur la naissance successive de la créance (B).

A. Appréciation critique du fondement classique d'une naissance successive

369. Deux arrêts permettent d'induire une date de naissance successive de la créance dans les contrats à durée indéterminée (1). Mais leur vocation à indiquer la date de naissance de la créance issue du contrat cautionné s'avère en réalité douteuse (2).

1/ Exposé de la jurisprudence invoquée

370. La naissance successive des créances issues d'un contrat à durée indéterminée ressort de deux façons en jurisprudence, un arrêt isolé du 25 avril 1990 et une série d'arrêt reprenant le même attendu de principe.

Dans un arrêt de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 25 avril 1990, il s'agissait dans cette affaire d'apprécier les effets de la résiliation unilatérale de la caution quant à la couverture des échéances postérieures d'un bail. Les juges du fond avaient condamné la caution au paiement desdites échéances. L'arrêt est cassé pour défaut de base légale pour ne pas avoir recherché si le contrat de bail cautionné était à durée déterminée ou indéterminée : « en statuant ainsi, alors que la caution garantissant l'exécution d'un bail à durée indéterminée peut mettre fin unilatéralement à son engagement, le Tribunal, qui n'a pas recherché si le bail présentait ce caractère, n'a pas donné de base légale à sa décision »².

Un autre arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 mai 1993 va également en ce sens, mais par des voies différentes. Il s'agissait du cautionnement d'un contrat de location d'un véhicule pour une durée de 60 mois. L'arrêt d'appel est cassé pour avoir refusé de condamner la caution au paiement des échéances postérieures à sa résiliation. La Cour énonce en attendu de principe que « la caution qui s'est engagée à garantir sans détermination d'objet ni de durée des obligations contractées ou qui viendraient à l'être du débiteur envers le créancier doit la garantie de toutes les obligations à durée déterminée convenues antérieurement à la résiliation unilatérale du cautionnement, quand bien même l'exécution de ces obligations se poursuivrait, en vertu des

d'une dette déterminée unique. La caution qui s'est obligée purement et simplement est donc liée pour la durée du contrat principal, sans possibilité de résiliation... ».

¹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, traité, LGDJ, 2005, n°42.

² Civ. 3, 25 avr. 1990, n°88-15189, P.

stipulations contractuelles, après la date de résiliation »¹. Cet attendu de principe fut confirmé par sa reprise dans plusieurs arrêts postérieurs².

2/ Appréciation critique de la jurisprudence invoquée

371. Les arrêts utilisés pour appuyer une date successive des créances n'ont à notre sens pas la force juridique nécessaire pour remettre en cause le principe d'une naissance au jour du contrat appliqué aux contrats à durée indéterminée. D'une part, il n'existe pas d'arrêt concernant des contrats à durée indéterminée (a), d'autre part l'interprétation des arrêts précitée repose nous semble-t-il sur un présupposé doctrinal démuné de fondement juridique (b).

a) Le caractère non explicité du fondement d'une naissance successive de la créance

372. Dans ces arrêts, **le fondement de la date de naissance de la créance cautionnée n'est pas explicité**. Pourtant, dans un certain nombre d'arrêts évoqués précédemment pour les contrats à durée déterminée, le fondement de la date de naissance de la créance n'a pas besoin d'être deviné par interprétation, il est explicité par la Cour dans ses arrêts. Pour cette raison, il est possible de mettre en doute, non pas la solution d'une libération efficace de la caution par sa résiliation, mais son fondement d'une date de naissance postérieure de la créance garantie. L'examen de la thèse de Christian Mouly à l'origine de la distinction entre obligation de couverture et de règlement conforte dans cette idée.

b) Le présupposé doctrinal d'une naissance future de la créance

373. La jurisprudence fait en matière de cautionnement application de la thèse de Christian Mouly qu'elle a consacrée en adoptant la distinction proposée par l'auteur entre obligation de couverture et de règlement³.

Or, dans sa thèse, Christian Mouly ne démontre pas véritablement la naissance successive de la créance issue d'un contrat à durée indéterminée. Il l'affirme pour l'essentiel en s'appuyant sur

¹ Com. 11 mai 1993, n°90-19932, P.

² Com. 10 déc. 2002, n°00-18726, P, *RD banc. et fin.* 2003, n°2, p. 97, D. LEGEAIS. Plus récemment, com. 1^{er} avr. 2008 n°07-11003 qui réaffirme le principe, bien que dans les faits il s'agissait d'un contrat de prêt et non pas d'un contrat de bail.

³ Com. 29 juin 1982, n°80-14160, P. D. 1983, 360, C. MOULY, *Def.* 1983, ART. 33027, J.-L. AUBERT, *GP* 1982, 2, jur. P. 583, S. PIEDELIÈVRE, *JCP G* 1984 II 20148 P. BOUTEILLER, *Rev. sociétés* 1982, 97, M. CABRILLAC, *RTD civ.* 1983, 354, P. RÉMY, arrêt Ernault : M. Ernault s'était porté caution solidaire auprès de la banque pour toutes les dettes que pourraient lui devoir sa société, la banque fut déboutée de ses poursuites des héritiers au titre des dettes nées après le décès de M. Ernault : « ayant relevé qu'aucune dette n'existait à la charge du débiteur principal au décès de M. Noel Ernault, l'arrêt retient que celui-ci, qui n'était pas tenu à cette date, ne pouvait transmettre d'engagement à ses héritiers pour des dettes nées postérieurement, ... la cour d'appel ... a fait une exacte application des dispositions de l'article 2017 du Code civil ». Confirmé par civ. 1, 3 juin 1986, n°85-10639, P.

l'autorité doctrinale de George Brière de L'Isle¹. Mais nous avons soulevé précédemment que l'argumentation déployée par ce dernier était inapte à démontrer la naissance successive des créances issues du contrat à durée indéterminée². Il s'ensuit qu'au final la jurisprudence invoquée repose indirectement sur le présupposé non-démontré d'une naissance successive des créances dans le contrat à durée indéterminée.

En réalité, la date de naissance successive est ici confortable, car elle permet de justifier simplement une solution sur laquelle tout le monde s'accorde en l'habillant d'une apparente logique. Il s'agit en réalité d'une instrumentalisation de la date de naissance de la créance aux fins louables de protection de la caution. Si la solution d'une libération de la caution peut être approuvée, son fondement d'une naissance successive de la créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée ne peut d'après nous qu'être réfuté et mérite dès lors d'être reformulé.

B. Exclusion du fondement classique d'une naissance successive

374. La raison profonde de la solution est d'ordre pratique. Il n'est pas souhaitable que la caution soit éternellement tenue sans pouvoir se dégager de son engagement au motif que la créance serait déjà née pour le tout et que par conséquent elle serait déjà engagée irrémédiablement à couvrir tous les termes postérieurs qui pourraient survenir par l'exécution du contrat sur la durée duquel elle n'a aucune emprise. Il s'agit cependant ici d'une raison d'opportunité juridique. Il n'est dès lors pas nécessairement avisé de fonder cette solution de droit spécial du cautionnement sur le terrain du droit commun d'une naissance successive de la créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée.

Contre toute attente³ Messieurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès vont dans notre sens puisque les auteurs écrivent que « *les contrats successifs à durée indéterminée donnent naissance à une dette dont l'étendue dépend de la durée effective d'un contrat qui n'est pas limité dans le temps. La caution est alors protégée par une faculté de résiliation, parce que son obligation est elle-même à durée indéterminée ; mais les autres éléments de la dette (condition du loyer, et sa révision, charges locatives...) sont parfaitement déterminés au moment de son engagement, et ne dépendent pas de l'attitude future du créancier. Ce n'est donc pas un cautionnement de dette future et incertaine »⁴.*

La thèse de Christian Mouly présente à notre sens une faille dans l'assimilation trop rapide qu'elle fait des cautionnements de dettes futurs aux cautionnements omnibus. La différence est en réalité cardinale car la caution ne doit pas pouvoir résilier son engagement de couvrir des dettes futures dès

¹ C. MOULY, th. op. cit. n°252 : « L'absence de terme modifie donc la composition du contrat, le transforme en une source continuellement génératrice d'obligations qui se succèdent à un rythme plus ou moins rapide. Il engendre donc nécessairement des obligations futures, même lorsque la teneur de son objet est déterminée lors de la conclusion. Ces dettes sont plus ou moins prévisibles, mais leur naissance repoussée dans l'avenir oblige le cautionnement à s'étaler dans le temps pour les englober ».

² Cf. supra n°271.

³ Nous avons relevé que Laurent AYNÈS soutenait sur la cession de contrat une naissance successive des créances pour expliquer l'institution. Mais nous n'avons pas manqué de relever le caractère davantage esthétique que fondé de la présentation. Surtout, nous avons soulevé au sein de la thèse même les traces de l'idée d'un transfert d'obligations et non plus de naissance successive de ces dernières. Voir supra.

⁴ L. AYNÈS et P. CROCQ, Les sûretés, la publicité foncière, LGDJ 2013, n°237. L. AYNÈS faisait déjà ressortir le caractère fictif de la solution en 1993 : D. 1993, p. 314, note sous com. 11 mai 1993, n°91-19044, inédit : « Lorsque la caution garantit une dette à durée indéterminée, tout se passe comme si l'extinction de son engagement valait, à son égard, résiliation du contrat principal : demeure seule garantie la dette existant au moment de l'extinction ».

lors qu'elles sont déterminées. Seules les dettes futures indéterminées ne sont pas couvertes. La date de naissance de la créance est en réalité indifférente à l'efficacité de la résiliation par la caution de son engagement. Pour cette raison, la jurisprudence rendue en la matière est inapte à éclairer par induction la date de naissance de la créance.

La démonstration ne serait pas achevée si un fondement nouveau n'était pas proposé pour expliquer la libération de la caution qui résilie sa couverture d'un contrat à durée indéterminée. En toute occurrence, le fondement déjà bien assis en droit d'une politique de faveur pour la caution peut être avancé. Il nous semble toutefois qu'un fondement technique basé sur le caractère accessoire du cautionnement peut également être proposé.

Ainsi, l'inefficacité théorique de la résiliation du cautionnement de dettes futures déterminées implique que la date de naissance de la créance ne puisse être éclairée par les effets d'une résiliation de la caution (1). Celle-ci est en effet indifférente à la date de naissance de la créance, le critère réel de son efficacité reposant sur le caractère déterminé ou indéterminé de la dette cautionnée. Il convient dès lors de mettre en évidence le fondement réel de la libération pour l'avenir de la caution résiliant sa couverture d'un contrat à durée indéterminée (2).

1/ L'inefficacité théorique d'une résiliation quelque soit la date de naissance de la créance

375. Parmi les événements qui mettent fin à l'obligation de couverture, il en est un spécifique, la résiliation unilatérale. Par un acte unilatéral, la caution se défait de son engagement. Ce n'est pas le coup du sort ou une décision extérieure qui change l'une des personnes sur la tête de laquelle le contrat de caution est intuitu personae. Aucun changement ne survient. La caution se désengage seule et de son propre chef.

Contrairement à ce qui peut se lire parfois, notamment dans la thèse de Christian Mouly, **la caution ne peut pas résilier son engagement chaque fois que la dette est future. Elle ne le peut que lorsque la dette future est indéterminée. La caution ne peut pas résilier son engagement lorsque la ou les dettes cautionnées sont des dettes futures déterminées.** Encore faut-il s'arrêter sur ce qu'il convient d'entendre par déterminée ou non. Ce n'est pas le montant de la dette qui importe, mais son **identification**.

376. L'explication de la résiliation efficace par la caution d'un contrat à durée indéterminée repose en réalité sur une **extension inappropriée du régime du cautionnement omnibus au cautionnement d'un contrat à durée indéterminée.** Il y a une **différence fondamentale** entre les deux hypothèses qui devrait exclure toute extension : **l'identification de la dette cautionnée.**

Dans le **cautionnement omnibus**, les dettes cautionnées ne sont pas individuellement identifiées. Ce sont de façon générique les dettes qui pourront survenir entre le débiteur et le créancier bénéficiant de la couverture. Cette absence d'identification précise justifie une résiliation efficace du cautionnement à durée indéterminée.

Au contraire, dans le **contrat à durée indéterminée**, la dette est individuellement identifiée. Ce n'est pas n'importe quelle dette qui naîtrait entre deux personnes, c'est la dette de prix née du contrat synallagmatique considéré. Cette identification précise de la dette représente une différence fondamentale d'avec le cautionnement omnibus. Dans le cautionnement omnibus, c'est l'absence d'identification des dettes qui justifie une résiliation efficace de la caution, non leur naissance future.

Le cautionnement d'une créance future identifiée ne peut être résilié. Songeons au cautionnement du prix de vente futur d'une usine clés en main dont la vente est encore en cours de pourparlers. La résiliation par la caution de son engagement avant la signature définitive de la vente ne devrait pas pouvoir être admise. La durée des contrats est en réalité indifférente à la problématique.

La dette issue d'un contrat à durée indéterminée est identifiée. **Puisque le cautionnement d'une dette future identifiée ne peut pas être résilié, c'est que la résiliation efficace du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée ne peut pas s'expliquer par la prétendue naissance future de cette dette.** Il s'agit d'une faveur pour la caution car on se refuse que celle-ci ne puisse pas connaître très précisément le montant de son engagement, eu égard à sa qualité la plus fréquente de personne physique vulnérable dans le monde des affaires.

377. Admettrait-on que la garantie par une hypothèque du prix issu d'un contrat à durée indéterminée puisse faire l'objet d'une résiliation mettant fin à cette couverture ? Non. Une telle résiliation serait inefficace. Ceci montre que les termes postérieurs à cette résiliation inefficace ne sont pas des créances successives¹ et que la libération de la caution personnelle ne se justifie pas par une naissance successive de la créance, mais bien par une faveur pour la caution.

378. La dette issue d'un contrat à exécution successive à durée indéterminée n'est pas une dette indéterminée, c'est une dette déterminée ! Ce n'est pas la dette issue du contrat qui est indéterminée, c'est la durée d'exécution du contrat qui l'est. L'indétermination de la durée n'empêche pas que la dette soit déterminée quant à elle, qu'elle soit clairement identifiée, par exemple le loyer qui sera du en contrepartie de la jouissance octroyée dans le cadre de l'exécution de ce bail.

Peu importe en réalité la date de naissance de la créance issue d'un contrat à exécution successive à durée indéterminée, la caution ne devrait théoriquement pas pouvoir résilier son engagement de la couvrir car il s'agit d'une dette déterminée dans tous les cas, qu'elle soit présente ou future. C'est donc bien que l'explication de cette jurisprudence qui consacre cette faculté de résiliation efficace de

¹ Article 2423 du Code civil : « *Lorsqu'elle est consentie pour sûreté d'une ou plusieurs créances futures et pour une durée indéterminée, le constituant peut à tout moment la résilier sauf pour lui à respecter un préavis de trois mois. Une fois résiliée, elle ne demeure que pour la garantie des créances nées antérieurement* ». Si la résiliation de l'hypothèque consentie à durée indéterminée du prix d'un contrat à durée indéterminée ne peut pas être résiliée efficacement, c'est a contrario que les termes postérieurs ne constituent pas des créances postérieures, mais étaient nées avant la résiliation inefficace. Le droit positif ne tranche pas. Mais dans le cas de la couverture réelle, on pressent bien qu'il faut favoriser la couverture octroyée, qu'il serait injuste de laisser le propriétaire de l'immeuble hypothéqué diminuer la garantie à laquelle le créancier pouvait s'attendre, quand bien même ce créancier pourrait résilier le contrat principal cautionné. Quoi qu'il en soit, décider que le fondement d'une résiliation efficace de la caution réside dans une naissance successive de la créance implique bien de considérer que l'hypothèque peut être résiliée pareillement et ne couvre pas les échéances postérieures. Peut-être le droit positif sera-t-il un jour amené à trancher cette question.

la caution doit être recherchée ailleurs que dans la date de naissance de la créance car le droit du cautionnement est ici d'après nous inapte à mettre en évidence cette faculté de résiliation. C'est pour cette raison que les hauts magistrats n'explicitent pas le fondement de la date de naissance de la créance lorsqu'ils sous-entendent que la caution d'un contrat à durée indéterminée pourrait résilier son engagement et se libérer valablement pour les échéances futures.

L'impossibilité de résilier le cautionnement d'une dette issue d'un contrat à durée indéterminée, qui implique l'absence de libération pour l'avenir de la caution (a), est due au fait que cette dette soit clairement identifiée malgré l'indétermination de la durée d'exécution du contrat (b).

a) L'impossible résiliation du cautionnement d'une dette future identifiée

379. D'emblée, il est choquant qu'une caution puisse se désengager de son cautionnement d'une dette future déterminée. C'est pour cette raison que, dans un arrêt du 27 juin 1995¹, la caution d'un prêt consenti pour une durée de 60 mois entendait résilier son engagement avant que les fonds n'aient été remis, avant que la dette de remboursement ne soit née². Le fondement nous semble inapproprié. La caution ne doit pas pouvoir résilier son engagement lorsque celui-ci couvre une dette précise³. Le subterfuge d'une durée déterminée du contrat de cautionnement nous semble ici inutile. La solution aurait-elle été différente si le contrat de prêt avait été à durée indéterminée ? Non. La Cour de cassation aurait toujours refusé la résiliation, mais en trouvant un autre fondement, le bon peut-être,

¹ Civ. 27 juin 1995, n°93-11834, P, JCP G 1995 II 22526, M. BEHAR-TOUCHAIS, La caution d'un prêt peut-elle résilier son engagement avant que la banque n'ait remis les fonds ? : « Mais attendu... que les époux X, qui avaient ainsi garanti un prêt dont le terme avait été stipulé, ont contracté une obligation limitée dans le temps ; que c'est donc à juste titre que la cour d'appel a retenu que les époux X ne pouvaient rétracter leur engagement sans l'accord de la CRCAM, même si celle-ci n'avait pas encore remis les fonds à M. Y ». Martine Behar-Touchais estime qu'en cas de cautionnement d'un contrat à durée indéterminée, le fondement des solutions ne devrait pas être l'inefficacité d'une résiliation unilatérale de la caution du fait de la durée déterminée du contrat de cautionnement par coloration du contrat principal, mais plutôt résider dans les effets d'une telle résiliation unilatérale par inspiration à partir de l'art. 22-1 de la loi de 1989 sur le bail d'habitation qui dispose que la résiliation prend effet à l'issue du bail en cours. L'analogie ne nous semble pas appropriée car une prise d'effet de la résiliation au terme du contrat principal coïncide en réalité avec une impossibilité de résilier, excepté dans le cas exceptionnel où la caution se retrouve contrainte de couvrir les contrats qui font suite, par tacite reconduction au contrat initial comme c'est le cas en matière de baux d'habitation du fait de l'art. 22-1 précité. Hors ce cas la résiliation perd tout intérêt, elle est inexistante. L'auteur concède d'ailleurs que la solution de l'arrêt n'est pas en ce sens et que sa proposition impliquerait dans l'espèce une sorte de rétractation, de repentir au profit de la caution. Il nous semble quant à nous qu'un tel droit n'est pas concevable car il conduit à violer la force obligatoire du contrat de cautionnement et à tromper le créancier qui avait accordé le crédit en considération du cautionnement.

² Que le contrat de prêt soit réel ou consensuel, pour nous, comme nous le verrons au prochain titre, la dette de remboursement ne peut de toutes les façons pas naître avant la remise des fonds à rembourser.

³ Que serait-il arrivé si le contrat de prêt avait été à durée indéterminée ? Les ouvertures de crédit à durée indéterminée sont fréquentes et même envisagées par la loi. Un prêt à durée indéterminée peut tout aussi bien se concevoir. Les apports en compte courant d'associés sont fréquents et constituent tous en réalité des prêts à durée indéterminée remboursable à 1^{ère} demande. Dans la même idée, il ne nous semble pas incongru d'imaginer une société mère s'engageant à prêter des fonds à sa filiale pour une durée indéterminée. S'agissant d'un contrat consensuel de prêt, si la filiale faisait l'objet d'une procédure collective, le mandataire judiciaire pourrait tout à fait exiger l'exécution de ce contrat de prêt par la remise des fonds. Que penser de la caution à un tel contrat qui résilierait son engagement dans l'intervalle, avant la remise des fonds. Si nous appliquons la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, le contrat de prêt étant à durée indéterminée et le contrat de cautionnement ne comportant aucune limitation de durée, ce dernier se trouve être lui-même à durée indéterminée et peut donc valablement faire l'objet d'une résiliation unilatérale. L'issue serait alors inverse, la caution pourrait résilier son engagement³ et la banque ne pourrait pas échapper au versement des fonds promis alors même qu'elle aurait perdu dans l'intervalle la garantie personnelle au vue de laquelle elle avait contracté.

l'impossible résiliation unilatérale du cautionnement d'une dette future dès lors qu'elle est déterminée¹.

380. La confusion provient, pensons-nous, de la thèse de Mouly. Il y est opéré un glissement, du cautionnement général, l'auteur passe subrepticement au cautionnement de dettes futures². Il n'y a pourtant pas identité entre les deux. Le cautionnement omnibus concerne forcément le cautionnement de dettes futures, mais son problème provient surtout du fait que ces dettes sont totalement indéterminées au jour du contrat. Par contre, le cautionnement de dettes futures est une notion plus large qui peut recouvrir à la fois des cautionnements omnibus de dettes futures et indéterminées, mais qui peut aussi désigner, comme dans l'exemple précité, des cautionnements de dettes futures mais déterminées. Pour ces dernières, aucune résiliation de la part de la caution ne doit être admise.

Remarquons que nous sommes d'ailleurs doublement loin du problème initial qui avait motivé la thèse de Christian Mouly. Il s'agissait du décès du chef d'entreprise qui s'était engagé dans un cautionnement omnibus. Ses héritiers acceptants se trouvaient tenus éternellement de ce cautionnement pour toutes les dettes à naître, ce qui paraissait inique. Dans la résiliation du cautionnement à durée indéterminée, non seulement il n'est pas question d'un cautionnement omnibus, mais en plus il n'est pas question du décès de la caution et de l'éventuelle transmission des dettes issues de son cautionnement à ses héritiers, puisqu'il est question ici de la résiliation unilatérale de son engagement de caution.

381. La doctrine contemporaine est très majoritairement dans le sens de l'impossibilité pour la caution de résilier unilatéralement son engagement de couverture d'une dette déterminée, même future. Jérôme François opère, à l'échelle du plan de son traité sur les sûretés personnelles, un *distinguo* entre les cautionnements de dettes déterminées et celui de dettes déterminables³. Bien que l'auteur ne traite pas d'éventuelles dettes futures au sein des dettes déterminées, il ne fait aucun doute qu'il ait ressenti qu'une césure importante devait se trouver dans le caractère déterminé ou seulement déterminable des dettes objet du cautionnement. On peut lire au *JurisClasseur* sous la plume de Philippe Simler que « aucune résiliation n'est au contraire possible lorsque le cautionnement garantit une dette déterminée »⁴. Philippe Simler expose dans son traité que, « si la garantie a pour objet une dette déterminée, elle est purement et simplement transmise, dans l'un et l'autre cas ; dans le cas d'un cautionnement général, la garantie subsiste pour les dettes nées avant un tel événement ;

¹ D'autres exemples peuvent venir à l'esprit. Que penser de la caution qui s'engage à couvrir, non seulement l'obligation principale, mais encore les dettes de réparation pour inexécution contractuelle ou encore le cautionnement d'une obligation en nature qui implique nécessairement la couverture de la dette de responsabilité contractuelle inhérente à l'inexécution de cette dernière ? Dans ces hypothèses, les dettes de réparation ne naissent pas au jour du contrat, elles naissent au jour du dommage généralement concomitant de l'inexécution¹. Peut-on admettre que la caution puisse ne pas couvrir les dettes de responsabilité contractuelle qu'elle s'est engagée à couvrir par le biais d'une résiliation unilatérale au prétexte qu'il s'agit de cautionnements de dettes futures et que la résiliation est intervenue avant la naissance de la dette, avant la survenance du dommage, la survenance de l'inexécution contractuelle ? Il ne nous semble pas, cela reviendrait à permettre à la caution de revenir sur son engagement : je couvre la créance de réparation, et puis non, je ne la couvre plus ; il y a violation de la force obligatoire du contrat, insécurité juridique, violation voire même tromperie du créancier qui a contracté le contrat principal en prévision du cautionnement et de la certitude de son effectivité et qui n'aurait sans doute pas contracté sans lui ou à tout le moins avec une sûreté qui n'aurait pas pu faire l'objet d'une telle rétractation dans l'intervalle.

² C. MOULY, th. op. cit. n°252.

³ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, traité, Economica, 2004, p. 170 et 180.

⁴ P. SIMLER, « Cautionnement, Extinction par voie principale, causes de droit commun », *JCL Code civil*, fasc. 65, n°57.

*elle est en revanche éteinte pour l'avenir »*¹. Enfin, dans une récente chronique, Messieurs Simler et Delebecque écrivent : « *s'agissant d'une dette déterminée, certes future, l'idée d'extinction de l'obligation de couverture est sans intérêt... une résiliation ne peut remettre en cause un cautionnement consenti pour une dette déterminée* »².

b) Le caractère identifié de la créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée

382. Une dette déterminée n'est pas une dette déterminée dans son montant, c'est une dette déterminée dans son identité. Nous pouvons renvoyer ici à nos propos sur la cession de créance future où le contrat est valable lorsque la créance cédée est déterminée car il y a ici application des mêmes principes³. C'est un problème d'identification de la dette, non un problème de connaissance précise de son montant, de détermination de son montant. En contre-exemple, dans le cautionnement omnibus, les dettes futures ne sont pas déterminées car elles ne sont pas suffisamment identifiées.

C'est la raison pour laquelle, pour nous, la créance de prix dans le contrat à exécution successive à durée indéterminée est une dette déterminée car identifiée. Ce n'est pas la dette qui est indéterminée, c'est la durée du contrat et derrière elle la quotité de la dette mais non pas son identification.

Ce n'est pas la dette qui est indéterminée, c'est son montant. Or, comme le soulève Stéphane Torck, « *lorsqu'une personne s'engage à louer au profit d'une autre son immeuble pour une durée indéterminée en contrepartie du versement d'un loyer, il est inexact d'affirmer que sa créance de loyers, faute de pouvoir être déterminée précisément dans son montant, ne naît pas dès le jour de la conclusion du contrat (...) Peu importe (...) qu'il ne soit pas possible, dans notre exemple, de déterminer le montant global de la créance de loyers puisque, aussi bien, l'on connaît parfaitement le contenu* »⁴. Autrement dit, si la caution ne sait pas combien elle s'engage à couvrir, elle sait à quoi elle s'engage, à couvrir tous les loyers impayés aussi longtemps que le preneur restera dans les lieux.

Le montant indéterminé n'est pas la dette, il suffit qu'il soit déterminable pour que la dette existe valablement. Or, le montant de la dette de la caution est bien déterminable, il dépend de la donnée objective de la durée d'occupation finale des locaux dont le paiement du loyer serait demeuré impayé.

La dette de prix issue d'un contrat à durée indéterminée est une dette déterminée dont son montant, Son objet est objectivement déterminable. Cela n'empêche pas la dette de préexister pour le tout avant la détermination future de son objet. La détermination successive de l'objet d'une obligation n'équivaut pas à une succession d'obligations. Il y a dans l'idée d'une pluralité de dettes pour le cas du contrat à exécution successive, une confusion entre l'objet de l'obligation et l'obligation elle-même. Cela provient de la particularité de l'objet, un objet à formation progressive. Ce n'est pas

¹ P. SIMLER, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, traité Litec, 14^{ème} éd. 2008, n°689.

² P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *JCP G* 2008 I 211, ch., obs. sous com. 30 sept. 2008, n°07-12053. En l'espèce, la fin du cautionnement n'avait pas été la conséquence d'une résiliation unilatérale de la caution, mais celle d'un retrait d'agrément légal nécessaire à la compagnie d'assurance pour son activité de cautionnement bancaire, ce pourquoi les auteurs approuvent la solution, mais réprouvent son motif reposant sur la résiliation alors qu'ici la cessation n'était pas volontaire, ce qui permettait justement de libérer la caution pour le cautionnement de la dette future déterminée, tandis que, pour les auteurs et a contrario, une résiliation unilatérale n'aurait pas permis cette libération.

³ Cf. supra n°173 et s.

⁴ S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 25.

l'obligation qui naît progressivement ou successivement, c'est son objet qui se peaufine, qui se précise avec le temps.

383. Il convient donc d'ajuster le mécanisme érigé par Christian Mouly dans sa thèse. Seule la faculté unilatérale de résiliation permet à la caution de se libérer efficacement et de limiter unilatéralement l'évolution progressive de l'objet de son obligation de règlement. Mais les autres causes d'extinction de l'obligation de couverture ne jouent pas quant à elles puisque l'obligation de règlement est en réalité déjà née pour le tout, puisque la résiliation unilatérale ne met en réalité pas que fin à l'obligation de couverture, mais limite l'amplitude de l'obligation de règlement elle-même. Dès lors, en cas de décès ou de changement de l'un des protagonistes sur la tête desquels le contrat est intuitu personae, il n'y a pas disparition de l'obligation de règlement pour les échéances futures du contrat à durée indéterminée, la caution continue d'être tenue. Les héritiers de la caution par exemple, continuent d'être tenus pour les échéances postérieures au décès de celle-ci. Ils disposent cependant de la résiliation unilatérale efficace de l'engagement qu'ils tiennent de leur auteur.

Puisque le caractère présent ou futur importe peu et qu'en réalité la caution ne devrait pas pouvoir résilier son engagement dans l'un ou l'autre des cas, c'est donc que l'explication de sa libération par résiliation unilatérale ne repose pas sur la date de naissance de la créance et doit être recherchée ailleurs.

2/ L'explication de la résiliation efficace sans le fondement d'une naissance successive

384. Bien que discutable, nous pensons qu'un fondement technique peut être envisagé à partir du caractère accessoire du cautionnement (a). Il est dans tous les cas possible de s'orienter vers le fondement opportuniste d'une politique de faveur pour la caution (b).

a) Tentative d'une explication technique fondée sur le caractère accessoire du cautionnement

385. Mme Bhartez et M. Houtcieff, contestent l'existence véritable de l'obligation de couverture. D'après eux, la construction de M. Mouly exprime en réalité « *la spécificité du mode de détermination de l'objet de l'obligation* »¹.

À cette observation doctrinale, il est intéressant d'ajouter celle de la jurisprudence lorsqu'elle est confrontée à un décalage quant à la stipulation d'une durée entre le contrat de cautionnement et le contrat cautionné, lorsque l'un est à durée déterminée, l'autre à durée indéterminée. La jurisprudence utilise en la matière des fondements ou adopte des solutions qui ne sont pas en adéquation avec la distinction entre obligation de couverture et de règlement.

¹ A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles*, traité LGDJ, 2010, n°421.

386. D'un côté, pour empêcher la caution de résilier son cautionnement d'une dette future déterminée ou encore d'une dette issue d'un contrat à exécution successive à durée déterminée, la jurisprudence utilise le fondement de l'accessoire pour colorer le contrat de cautionnement de la durée présente dans le contrat principal. La durée remonte par capillarité du contrat principal vers le contrat de cautionnement.

Ainsi, dans un arrêt de la chambre commerciale du 7 juillet 1992¹, la caution d'un prêt sur 8 années avait entendu résilier son engagement 6 mois à peine après la signature du prêt. La Cour de cassation refuse de donner effet à une telle résiliation au motif que « *le cautionnement avait été donné en garantie d'un prêt dont le terme était stipulé* » et qu'en conséquence, « *l'obligation de couverture, contractée par la caution était donc elle-même limitée dans le temps...* »². Et il en allait de même dans un arrêt du 12 juin 1990³ pour le cautionnement d'un bail commercial de 9 années : « *le bail ayant été consenti pour 9 ans, l'engagement de caution ne pouvait être considéré comme étant d'une durée indéterminée* ». Si, dans la première affaire, le pourvoi portait l'argumentation sur le seul terrain de l'indétermination du cautionnement, tel n'était pas le cas dans la seconde où le pourvoi⁴ arguait également d'une naissance successive des créances issues du contrat de bail.

Ce fondement interpelle car il n'était pas nécessaire aux solutions adoptées. Il suffisait en effet à la Cour de relever la naissance antérieure et pour le tout des créances cautionnées, qu'il s'agisse du prêt ou du bail à durée déterminée. Jérôme François approuve d'ailleurs cette détermination d'une durée pour le contrat de cautionnement par remontée de la durée du contrat cautionné en vertu du caractère accessoire du cautionnement⁵.

387. D'un autre côté, lorsque le cautionnement est à durée déterminée, la jurisprudence semble utiliser cette durée pour limiter l'objet de l'obligation de règlement de la caution, alors même que la créance cautionnée était d'ores et déjà née pour le tout durant la période de couverture.

Ainsi, dans un arrêt du 24 novembre 1988, il s'agissait d'un contrat de prêt remboursable sur 3 ans mais dont le cautionnement était limité à une année. Les juges ont estimé que les parties avaient entendu limiter leur couverture aux échéances de la 1^{ère} année seulement. Avec cette interprétation, le terme stipulé ne constituait pas le terme extinctif à l'obligation de couverture, mais plutôt un moyen

¹ Com. 7 juill. 1992, n°90-18418, P.

² Il est vrai que le pourvoi invoquait l'absence de terme stipulé au contrat de cautionnement et non pas une naissance successive des obligations, ce pourquoi la réponse de la cour s'est portée sur ce terrain. Une substitution de motif pour une naissance unique au jour du contrat et l'inefficacité subséquente de la résiliation eut été d'après nous plus adaptée.

³ Civ. 1, 12 juin 1990, n°87-15515 inédit. Voir également et par exemple, CA Paris 29 nov. 1990 Juris-Data n°1990-025295.

⁴ 3^{ème} branche du moyen : « *alors, enfin, que l'engagement de caution de M. Rieux étant à durée indéterminée et celui-ci l'ayant résilié, il ne pouvait être condamné à payer les dettes de loyers postérieurement à cette résiliation* ».

⁵ J. FRANÇOIS, traité op. cit. n°203. P. SIMLER, « Cautionnement, Étendue », *JCL Code civil*, art. 2288 à 2320, fasc. 30, 2013, n°28 et 74 : « *Le cautionnement d'une dette déterminée, même successive, en épouse très généralement la durée ... Quand le cautionnement est-il à durée indéterminée ? La question peut surprendre. L'incidence du caractère accessoire du cautionnement la justifie pourtant. Le cautionnement n'est pas résiliable, en effet, du seul fait qu'aucun terme n'est stipulé. Le lien avec l'obligation principale fait obstacle à la faculté de résiliation dès que celle-ci comporte elle-même un terme, même indéterminé* ». Il nous semble que l'affirmation puise sa source dans la thèse de Christian MOULY, op. cit., n°262 et 264 : « *par le biais de l'accessoire, le cautionnement d'une obligation à durée indéterminée recèle un terme sous-jacent, le terme de l'obligation principale cautionnée : le rapport d'accessoire ajoute ainsi un terme au contrat* ». Elle est aujourd'hui reprise par la quasi-totalité des auteurs, notamment par Anne-Sophie Barthez et Dimitri Houtcieff, (traité op. cit. n°1064) ou encore P. SIMLER, *JurisClasseur Code civil*, op. cit., fasc. 30, n°14 et 28.

indirect de limiter le montant de la couverture. Ce terme ne limite pas l'obligation de couverture dans le temps, mais l'obligation de règlement dans son montant.

388. Le temps stipulé ou non au contrat de cautionnement influe donc d'une façon étrange sur l'objet de l'obligation de règlement de la caution. Et lorsqu'il n'est pas stipulé, il se produit une remontée des caractéristiques de l'obligation cautionnée.

C'est la raison pour laquelle il nous semble que la rupture efficace du contrat de cautionnement pourrait s'expliquer par une remontée analogue fondée sur le caractère accessoire du cautionnement, une coloration de la nature d'objet à formation progressive de l'obligation cautionnée vers l'obligation de la caution. Autrement dit, la caractéristique qui remonte lorsque les contrats sont à durée indéterminée, c'est la faculté de limiter son propre engagement par résiliation unilatérale et dans la même mesure. Peut-être Nicolas Thomassin allait-il en ce sens en écrivant que « *l'obligation de la caution perd sa positivité pour l'avenir et se trouve liquidée en fonction de l'état de la dette principale à cet instant* »¹ tout en se référant au caractère accessoire du cautionnement.

389. Ne pas faire remonter à la caution le pouvoir de limitation de son engagement afin que sa résiliation fasse comme si le contrat principal était réalisé à son égard reviendrait à lui refuser sa faculté de résiliation unilatérale eu égard à l'inefficacité de celui-ci. Cette faculté de résiliation unilatérale permet de contourner l'invalidité des engagements perpétuels. Il constitue l'un des principes fondamentaux du droit¹ ayant aujourd'hui valeur constitutionnelle². Or, l'obligation de la caution s'éteint par les mêmes causes que n'importe quelle autre³. Un arrêt du 7 mars 2006⁴ illustre l'application de ce raisonnement en jurisprudence en déclarant nulle la clause qui faisait obstacle à l'exercice de cette faculté de résiliation par la caution du fait de l'exigence de l'acquiescement du créancier.

Quand bien même on ne serait pas convaincu par l'explication technique d'une remontée du débiteur principal vers la caution, sur le fondement du caractère accessoire du cautionnement, du pouvoir de limitation unilatérale de son engagement, il nous semble que l'explication par une politique jurisprudentielle de faveur pour la caution peut suffire.

b) Explication par une politique de faveur pour la caution

¹ L'arrêt de principe généralement cité, civ. 1^{ère} 5 févr. 1985 n°83-15895, P : « *Vu l'art. 1134 alinéa 2 du Code civil ; Attendu qu'il résulte de cette disposition que, dans les contrats à exécution successive dans lesquels aucun terme n'a été prévu, la résiliation unilatérale est ... offerte au parties* ». Plus récemment reprenant le même visa et le même chapeau intérieur, com. 13 déc. 2005 n°04-10041.

² Cons. const. 9 nov. 1999 n°99-419, DC JO 16 nov. 1999 p. 16962, RTD civ. 2000 p. 109 : la valeur constitutionnelle est fondée sur l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui consacre le principe de liberté et qui impliquerait l'interdiction des engagements perpétuels ; la décision fut rendue à l'occasion du PACS ayant nature d'un contrat et pour lequel la loi prévoit une faculté de rupture unilatérale à tout moment et sans motif.

³ Art. 2311 du Code civil.

⁴ Civ. 1^{ère} 7 mars 2006 n°04-12914, P, D. 2006, 981, V. AVENA-ROBARDET, *Contrats, conc., consom.* 2006, p. 17, comm. 125, L. LEVENEUR, RDC 2007, p. 428, D. HOUTCIEFF, RTD civ. 2006, p. 762, J. MESTRE et B. FAGES.

390. L'existence en droit d'une politique de faveur pour la caution n'est plus à démontrer. Cette politique de faveur peut parfaitement expliquer que l'engagement de la caution soit limité de telle sorte que le montant final de sa couverture ne dépende pas totalement du bon vouloir des parties à mettre fin à l'exécution du contrat principal en cas de défaillance du débiteur cautionné.

Dans cette direction, Stéphane Piédelièvre considère que la distinction entre obligation de couverture et de règlement n'est qu'un subterfuge permettant « *un allègement du sort de la caution en contredisant les dispositions du Code civil* »¹. Pour l'auteur, l'obligation de couverture, en admettant qu'elle existe, devrait de toutes les façons être transmise aux héritiers en vertu de l'article 2294 du Code qui dispose que « *Les engagements des cautions passent à leurs héritiers si l'engagement était tel que la caution y fût obligée* ».

391. La résiliation unilatérale efficace du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée pourrait se fonder sur l'interprétation de la volonté des parties, spécialement de la caution, ainsi que sur l'article 2292 du Code civil. C'est alors un raisonnement similaire au cas du cautionnement à durée déterminée d'un contrat de durée plus importante, dont la créance était pourtant née avant pour le tout, qui s'applique. La jurisprudence l'interprète comme une limitation de l'obligation de règlement de la caution déjà née pour le tout. Il est considéré que la caution n'a pu vouloir s'engager indéfiniment selon le bon vouloir des parties au contrat principal et qu'eu égard à la durée illimitée de son engagement, elle n'a pu qu'entendre s'engager, certes à durée indéterminée, mais avec une faculté de résiliation qui limite son engagement comme si le contrat principal était résilié lui-même. Le caractère un peu fictif du raisonnement ne l'est d'après nous pas plus que celui de la jurisprudence précitée qui limite l'obligation de règlement de la caution du fait d'une durée stipulée inférieure à la durée du contrat principal dont les créances étaient pourtant nées pour le tout dès le départ.

392. Favorable à la caution, la solution ne l'est pas pour le créancier. Il faut d'abord relever à cet égard qu'il n'est pas tout à fait juste de dire que la caution est engagée de façon illimitée si un droit de résiliation efficace ne lui est pas accordé, qu'elle est en proie au bon vouloir des parties au contrat principal. En effet, le droit lui octroie déjà des outils qu'elle pourrait mettre en œuvre en cas d'augmentation intempestive de son obligation de règlement. Le créancier ne pourrait pas laisser la dette s'accroître indéfiniment en pensant qu'il dispose de son recours contre la caution. Il doit faire preuve de diligence et de vigilance, notamment mettre fin au contrat aussitôt que quelques impayés se manifestent. Dans le cas contraire, il engagerait sa responsabilité contractuelle à l'égard de la caution qui verrait son obligation de règlement diminuer à hauteur de compensation avec sa créance d'indemnisation au titre de cette responsabilité.

Or, le créancier s'engage en considération du cautionnement. Laisser la caution reprendre son engagement sans rupture du contrat principal n'est dès lors pas nécessairement très juste à l'égard du créancier, qui, soit poursuit le contrat principal sans couverture, soit résilie le contrat principal et doit

¹ S. PIÉDELIÈVRE, « Crédit et successions : la sécurité de l'héritier passe avant les droits des créanciers successoraux », *Droit et pat.*, mars 2007, n°157, p. 59.

rechercher un nouveau partenaire avec les inconvénients, la perte de temps et de coût que cela occasionne.

Avec la solution adoptée, la caution peut théoriquement résilier son engagement le lendemain du contrat de cautionnement. Gageons que la théorie de l'abus de droit, en l'espèce l'abus de la faculté de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée servira de gardienne de la bonne foi des parties. En outre, dans sa thèse sur la durée de la prestation, Anne Etieney dégage la notion de durée minimale, de durée utile pour que le contrat souscrit ait un sens.

C'est dans ce sens d'une explication par une politique de faveur pour la caution que Stéphane Prigent¹ explique dans son article sur la date de naissance de la dette de la caution cette jurisprudence de résiliation unilatérale efficace de son engagement par la caution. Exposant le cautionnement d'un bail à durée indéterminée à l'occasion du cautionnement de dettes présentes, l'auteur prend visiblement le parti pour une naissance unique au jour du contrat et explique la jurisprudence contradictoire sur les libérations pour les échéances futures de la caution résiliant son engagement par un souci de protection de la caution.

393. Il reste une remarque qui pourrait par ailleurs être rattachée au fondement technique précédemment développé. La solution n'est en réalité viable que dans la mesure où le créancier peut lui-même résilier son engagement, d'où l'on voit que les facultés de résiliation unilatérale et d'autolimitation de son engagement par ce biais sont intimement liées. Si la caution se défait de son engagement, alors le créancier doit pouvoir s'en défaire aussi.

À cet égard, nous pouvons noter que la loi a pris soin de faire des contrats les plus fréquemment couverts par une caution des contrats à durée déterminée renouvelables comme tels² et non pas en contrats à durée indéterminée³. Elle prend simultanément soin d'imposer à la caution de couvrir les

¹ S. PRIGENT, « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », *LPA* 26 juin 2006 n°126, p. 4, spéc. n°21 s.

² Par contre, pour ce qui concerne le bail commercial surtout, ce n'est plus par la conjonction d'une extension légale de l'obligation de couverture aux contrats successifs issus des reconductions et d'une durée déterminée de ces mêmes contrats que la couverture des échéances postérieures au terme initial est obtenue, mais par la transformation au-delà du terme du contrat initial en contrat à durée indéterminée. La solution résulte de l'art. L. 145-9 du Code de commerce, qui, malgré une référence un peu maladroite à l'art. 1738 du Code civil et l'emploi tout aussi maladroit du terme de « tacite reconduction » qui sous-entendraient qu'il y aurait nouveau contrat, dispose expressément que les baux « ne cessent que par l'effet d'un congé donné » et qu'à défaut « le bail... se poursuit... au-delà du terme fixé ». Civ. 3, 19 févr. 1975, n°73-14018, P : « Mais attendu, que faute de congé valable, un bail soumis au décret du 30 septembre 1953 se poursuit purement et simplement au-delà de la date contractuellement fixée pour son expiration et qu'il n'y a pas formation d'un nouveau contrat ». Voir également : civ. 3, 30 juin 1999, n°97-20521, P, D. 1999, 1203, *AJDI* 2000, 310, J.P. BLATTER. D'un côté, Jean-Pierre BLATTER affirme que « la caution reste tenue jusqu'à la fin du contrat et n'est pas libérée par l'arrivée du terme » (J-P BLATTER, *Droit des baux commerciaux*, éd. Le Moniteur, 2006, n°196 s.). D'un autre côté, Christophe DENIZOT soutient que, suite à la transformation du bail en contrat à durée indéterminée, « le cautionnement devenant à durée indéterminée, la caution pourra s'en retirer soit à l'expiration de chaque période, soit à n'importe quel moment de la tacite reconduction ». Mais là encore, l'auteur ne peut que supputer par référence au régime des contrats à durée indéterminée et à l'opinion généralement admise (*Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz action 2010/2011, dir. Y. ROUQUET, n°310.110, « La durée du cautionnement et les effets de la reconduction tacite en cas de silence du bail »).

³ En principe la poursuite d'un contrat à durée déterminée engendre un nouveau contrat à durée indéterminée. S'inspirant de l'art. 1738 du Code civil sur louage de chose, la jurisprudence a érigé le principe d'après lequel la tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée génère un nouveau contrat d'une durée indéterminée : civ. 1, 15 nov. 2005, n°02-21366, P : « Attendu que, sauf disposition ou volonté contraire, la tacite reconduction d'un contrat à durée déterminée, dont le terme extinctif a produit ses effets, donne naissance à un nouveau contrat, de durée indéterminée, et dont les autres éléments ne sont pas nécessairement identiques ».

contrats renouvelés, ce qui est également en contradiction avec le droit commun¹. Ainsi, en matière de bail d'habitation, il résulte de l'article 10 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 que ce bail constitue un contrat à durée déterminée et l'article 22-1 de la loi dispose que la caution doit couvrir tous les contrats successifs, ce jusqu'au terme du contrat en cours au jour de la résiliation de son engagement². Finalement, la résiliation unilatérale de la caution, dans l'art. 22-1, ne constitue pas un avantage pour cette dernière, mais bien plutôt un avertissement, ce pourquoi l'article exige pour la validité du cautionnement que ses dispositions soient recopiées de façon manuscrite par la caution, afin qu'elle prenne bien conscience qu'il lui faudra couvrir tous les loyers jusqu'à la fin du contrat ou des contrats renouvelés.

Dans l'hypothèse où le créancier ne pourrait pas quant à lui résilier le contrat à durée indéterminée ou dans l'hypothèse où cette résiliation serait lourdement entravée, alors il faudrait lui reconnaître, pensons-nous, le jeu de l'article 1188 du Code civil qui dispose de la déchéance du terme en cas de perte des garanties prévues au contrat. Cela semble impossible pour un contrat à durée indéterminée.

Mais il est en réalité possible de surmonter l'obstacle en s'inspirant du cas d'exécution forcée au paiement d'une rente viagère. C'est aborder la question du deuxième argument technique avancé par les partisans d'une naissance successive des créances dans les contrats à durée indéterminée et pour lequel cette dernière est en réalité inutile, l'inconcevabilité d'une déchéance du terme dans les contrats à durée indéterminée.

§ 2 : Interprétation renouvelée de l'inconcevable déchéance du terme dans le contrat à durée indéterminée

394. L'impossible déchéance du terme n'implique pas l'inexistence de la créance car l'existence peut malgré tout être mise en évidence par le paiement anticipé de plusieurs termes successifs (A). En outre, une certaine forme de déchéance du terme serait possible en s'inspirant du mécanisme

¹ En principe, la caution n'a plus à couvrir dès lors qu'il s'agit de contrats et d'obligations nouvelles qui n'ont pas été cautionnées. Civ. 1, 4 oct. 2000, n°97-21356, P, sauf clause en ce sens contraire, par exemple toute somme d'argent due pour toute la durée d'occupation (civ. 1, 21 mars 2006, *RTD civ.* 2006, 798), mais alors cela dépend de l'objet du contrat de cautionnement, de l'obligation de couverture, tel qu'interprété souverainement par les juges du fonds, à la lumière de l'interprétation stricte exigée par l'art. 2015 du Code civil, qui estime dans cette hypothèse que les parties ont implicitement entendu couvrir les créances futures de loyers issues des contrats successifs.

Voir également sur la question C. MOULY, th., op. cit., n°266 : pour l'auteur, le fait que la tacite reconduction engendre un nouveau contrat est aujourd'hui « unanimement reconnu ». Alors que certains auteurs fondent la solution sur la cause, Christian Mouly estime que le fondement du terme suffit quant à lui, le terme du contrat principal qui par le biais de l'accessoire se transmet au contrat de cautionnement, ce pourquoi le terme du contrat principal met en même temps fin à l'obligation de couverture et la caution ne couvre jamais les échéances postérieures au dit terme issu du contrat reconduit : « *Le contrat tacitement reconduit étant en quelque sorte régénéré, il perd ses attributs antérieurs et notamment son cautionnement qui s'éteint. Cette conséquence était déjà appliquée au cautionnement d'un bail dans l'article 1740 du Code civil. Elle doit être généralisée à tous les contrats, ainsi d'ailleurs qu'à toutes les sûretés* ».

² Art. 22-1 : « Lorsque le cautionnement d'obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée du cautionnement est stipulée indéterminée, la caution peut le résilier unilatéralement. La résiliation prend **effet au terme du contrat de location**, qu'il s'agisse du contrat initial ou d'un contrat **reconduit ou renouvelé**, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation ». Appliqué par la jurisprudence, par exemple, civ. 3, 13 juill. 2005, n°04-15064, P, D. 2005, 2103, Def. 2005, p. 1994, R. LIBCHABER, *JCP G* 2005 I, 185, n°4, P. SIMLER, *RD banc. et fin.* janv.-févr. 2006, 15, A. CERLES : la caution doit couvrir le bail renouvelé et qu'il ne saurait y avoir de contestation sérieuse sur ce point. Pour une verte critique de l'article, voir Anne-Sophie BHARTEZ et Dimitri HOUTCIEFF, qui y décomptent trois malfaçons législatives (*Les sûretés personnelles*, traité, op. cit., n°560).

appliqué en matière de rente viagère (B). Cela achève de convaincre, d'après nous, que la prétendue impossibilité de déchéance du terme n'est pas le signe d'une absence de naissance de la créance

A. Absence d'incompatibilité avec l'existence d'une créance

395. La nature du véritable terme, une suspension de l'exigibilité, implique que le paiement puisse avoir lieu avant terme. Il n'y a alors pas répétition de l'indu comme l'indique l'article 1186 du Code civil car le débiteur ne fait que payer ce qu'il doit, seule l'exigibilité était suspendue, mais la dette existait déjà bel et bien, conformément à l'article 1185 du Code civil qui définit le terme par son antagonisme d'avec la condition. Le paiement avant terme peut être volontaire¹, mais il peut également être la conséquence d'une déchéance du terme, d'une perte du bénéfice du terme. Enfin, d'après Céline Bloud-Rey, quand bien même le paiement avant terme serait effectué par erreur, il ne donnerait pas lieu pour autant à répétition.

Les cas de déchéance du terme sont rares depuis la suppression de celle-ci en cas d'ouverture d'une procédure collective par la réforme de 1985. Quelques exemples de déchéance du terme peuvent toutefois être cités. Il existe un cas général de déchéance du terme dont dispose l'article 1188 du Code civil, lorsque les sûretés prévues au contrat sont diminuées ou perdues. Ensuite, si l'ouverture de la procédure n'est plus une cause de déchéance du terme, le prononcé de la liquidation judiciaire ou d'un plan de cession en constitue toujours une conformément à l'article L. 643-1 du Code de commerce². La déchéance du terme peut également survenir en cas d'opérations portant sur le fonds de commerce du débiteur, lors de son déplacement ou bien lors de sa mise en location gérance³ ou de la fin de celle-ci⁴. Enfin, une déchéance conventionnelle du terme peut également être prévue au contrat par une clause expresse aménageant ses causes de survenance.

396. Il est classique de lier l'existence de la créance avant terme à la possibilité d'un paiement avant terme, tout spécialement à la possibilité d'une déchéance du terme. C'est là la preuve que seule l'exigibilité est suspendue, non l'existence de la créance.

Or, force est de constater que les créances issues d'un contrat à durée indéterminée sont conceptuellement incompatibles avec une éventuelle déchéance du terme. En effet, si l'on peut admettre une pluralité de termes comme par exemple en matière de prêts remboursables par amortissements constants, il n'est pas possible de concevoir une déchéance de tous les termes successifs dans le contrat à durée indéterminée car le nombre définitif de termes n'est pas connu puisque la durée n'est pas encore définitivement fixée. Au contraire, dans le contrat à durée

¹ Certes, cette faculté varie selon que le terme est stipulé en faveur du débiteur ou du créancier : C. HANNOUN et Y. GUENZOU, « Le terme », *Rép. Dalloz civil*, 2008, n°40. Mais il est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur conformément à l'art. 1187 du Code civil.

² Voir supra n°115 et s. pour la nature particulière de cette déchéance du terme, doctrine et jurisprudence de la deuxième moitié du 19^{ème} siècle.

³ Art. L. 143-1 du Code de commerce. L'emplacement constitue bien souvent une valeur importante du fonds de commerce, ce pourquoi d'ailleurs le bail commercial en constitue un élément et ce pourquoi la législation spécifique sur le statut de baux commerciaux.

⁴ Art. L. 144-6 et L. 144-9 du Code de commerce. Lors de la mise en location gérance, la déchéance est conditionnée à la mise en péril du recouvrement desdites créances. Elle est par contre automatique lors de sa cessation.

déterminée, la durée et le nombre de termes sont connus à l'avance, ce pourquoi une déchéance du terme, un paiement immédiat de tous les termes successifs postérieurs se conçoit parfaitement¹.

C'est là un argument important des auteurs partisans² de la thèse contemporaine d'une naissance successive des créances dans les seuls contrats à durée indéterminée. D'après eux, les termes successifs ne sont pas de véritables termes suspendant la seule exigibilité de la créance, c'est la naissance même de la créance qui est suspendue, preuve en est qu'il ne peut y avoir déchéance du terme. Cet argument a d'autant plus de force que les auteurs classiques, adversaires des thèses matérialiste et périodique, le passent généralement sous silence³.

397. L'argument n'est pourtant pas sans faille. Il n'est pas si évident que l'impossibilité d'une déchéance du terme signifie de facto que la créance n'existe pas, qu'elle ne comporte pas dès à présent la potentialité de ses termes postérieurs.

Ce qui est certain à la lecture du Code civil, c'est que le paiement avant terme ne peut donner lieu à répétition de l'indu, c'est là la seule preuve intangible de l'existence de la créance et de la véritable nature du terme une suspension de l'exigibilité. Or, dans un contrat à exécution successive, rien n'empêche au débiteur du prix de s'acquitter d'avance et d'un coup d'une pluralité de termes. Dans le cas d'un contrat à durée indéterminée, s'il est clair que le paiement constitue par exemple le paiement d'avance des loyers dus, alors il nous paraît impossible qu'une action en répétition de l'indu puisse ensuite être admise par ce débiteur. Le paiement est valable, il éteint une dette existante, quand bien même le montant définitif de cette dernière ne serait pas encore déterminé. Admettrait-on qu'un responsable ou qu'une compagnie d'assurance qui effectue un paiement provisionnel à la victime puisse ensuite demander restitution de ce paiement au motif que le montant définitif de l'indemnité n'était pas encore fixé, et qu'il ne pouvait l'être puisque le préjudice corporel de la victime évoluait encore et n'avait pas fait l'objet d'une consolidation ? Certes non. Il en va de même ici. Évidemment, si le bail venait à cesser avant que tous les termes payés d'avance ne se soient écoulés, alors la portion du paiement anticipé correspondant aux termes postérieurs, dont il est dorénavant certain qu'ils ne surviendront pas, se trouve requalifiée en paiement indu et l'action de leur répétition se trouve dès lors recevable. Mais il n'y a là rien de plus qu'une application du caractère contingent de toute obligation dont nous avons déjà fait état. Par la cessation du contrat, les obligations se trouvent réduites de toute leur potentialité postérieure par une détermination, par une fixation définitive de leur objet.

La déchéance du terme n'est donc pas nécessaire pour montrer que les termes postérieurs existent déjà. Il suffit qu'il y ait paiement en une fois d'une pluralité de terme. Alors, pensons-nous, toute action en répétition de l'indu serait à écarter car la créance existerait déjà.

¹ En ce sens, B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th., LGDJ, 2006, n°71. Contra, P. ANCEL, D. 1996, 625, op. cit. Non seulement elle se conçoit mais elle était prononcée au 19^{ème} siècle pour les termes du bail commercial en cas d'ouverture d'une procédure collective du preneur. La déchéance du terme d'un contrat à exécution successive à durée déterminée a donc constitué une réalité dont l'apport théorique quant à l'existence de la créance n'a pas été remis en cause d'après nous.

² Voir notamment C. GOLHEN, *Les contrats dits à exécution successive, Réflexion sur la date de naissance des obligations*, th., 2006. Également, P. ANCEL, D. 1996, 625, op. cit.

³ Seul Stéphane TORCK l'énonce parmi les problèmes incompatibles avec la théorie classique qu'il défend, mais l'auteur ne propose pas de résolution de ce problème (« La date de naissance des créances en droit civil », in Colloque sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 25).

L'impossible déchéance du terme ne devrait pas impliquer l'inexistence de la créance. C'est, pensons-nous, une particularité du régime des créances issues d'un contrat à durée indéterminée. À cela s'ajoute qu'une certaine forme de déchéance du terme pourrait être envisagée, même pour les contrats à durée indéterminée, en s'inspirant de la créance de rente viagère.

B. Existence d'un substitut par la constitution d'une rente au service équivalent

398. La créance rente viagère est une créance à objet à formation progressive car son terme est incertain. Il n'est pas possible de connaître à l'avance le nombre exact de versements car il n'est pas possible de prévoir la date à laquelle mourra celui sur la tête duquel elle est constituée. Diverses manifestations de droit positif montrent la prénaissance de la créance de rente viagère, une naissance au jour de sa constitution pour tous ses termes postérieurs.

La rente est imposée immédiatement pour tous ses termes postérieurs à l'ISF¹. Comme il n'est pas possible de connaître le nombre exact de versements, c'est davantage la valeur de la rente qui sera imposée immédiatement. Certes, dans le cadre des impôts sur le revenu, la rente est imposée *prorata temporis*. Mais il sera vu que ces impôts ne visent en effet pas la créance au sens strict, mais un autre concept qui se trouve d'ailleurs souvent en résonnance avec celui de revenus².

En matière de partage, l'article 872 du Code civil implique également la naissance pour le tout de la rente au jour de sa constitution. Elle incorpore dès sa naissance toutes les échéances postérieures. L'article dispose que l'héritier attributaire de l'immeuble à charge de rente « *demeure seul chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers* ». Il traite du cas de l'héritier qui s'est vu attribuer activement un immeuble et passivement une rente viagère, sans doute la rente qui a constitué le prix de l'immeuble au jour de son acquisition. Or, si les autres héritiers peuvent être inquiétés du service de la rente postérieur au partage, c'est bien qu'ils en restent débiteurs à titre personnel en vertu de la division des dettes de leur auteur et c'est donc que cette division a concerné au jour du décès toutes les échéances postérieures de la rente qui correspondaient ainsi à une créance d'ores et déjà née.

¹ Art. 885 E CGI, « *l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune est constituée par la valeur nette, au 1^{er} janvier de l'année de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables...* ». Il s'agit donc d'un impôt sur la valeur nette du patrimoine. Sont redevables les personnes dont la valeur patrimoniale atteinte 790.000 € (tarif 2009), étant entendu que les biens professionnels ne sont pas inclus et que la résidence principale bénéficie d'un abattement de 30% (art. 885 S al. 2 CGI). Une fois ce seuil d'imposition franchi, le taux applicable évolue entre 0,55% et 1,80% à mesure que l'on monte dans les six tranches d'imposition. La déclaration doit être déposée le 15 janvier de chaque année. Sur l'imposition pour le tout de la rente viagère, *Mémento Pratique* Francis Lefebvre 2012 n°71290 : qu'il s'agisse d'une rente constituée auprès d'un organisme institutionnel, tel une compagnie d'assurance, ou d'une rente constituée entre particuliers pour l'acquisition d'un bien. Bien entendu, le montant définitif n'est pas encore définitivement connu. C'est le montant de la rente capitalisée qui est pris en compte par application de tables de mortalités et d'un barème, celui de l'organisme institutionnel ou celui de l'administration fiscale. Le capital représentatif de la rente incorpore ainsi tous les arrérages, tant échus qu'à échoir impayés. Au titre de l'ISF ce capital est immédiatement imposable chez le crédit-rentier et immédiatement déductible chez le débit-rentier, avant même la survenance ou la perception des termes futurs à échoir. La solution est normale car, constituant un bien, les créances sont immédiatement imposables (CA Paris, 4 avr. 2008, n°06-21688), indépendamment de leur date d'échéance (F. DOUET, 8^{ème} éd. n°1784). L'imposition immédiate à l'ISF de tous les termes de la rente implique donc bien l'existence immédiate dans la créance de rente de toute la potentialité de celle-ci, de tous les arrérages postérieurs potentiels.

² L'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices appréhende une autre acception de la créance, la créance économique qui incarne les concepts de produits et de charges à travers les différentes branches du droit. Cf. infra n°657 et s.

En droit des entreprises en difficulté, la vente avec constitution de rente viagère naît au jour du transfert de propriété, antérieurement au jugement s' il a lieu avant¹, postérieurement s'il a lieu après². Certes, comme de coutume, la date de naissance de la créance est atypique dans cette matière, puisque d'ordinaire la créance de prix naît au jour de la vente. On notera tout de même que cela implique que la créance naisse pour toutes les échéances successives au jour du transfert de propriété. Dès lors, en la matière, la thèse d'une naissance successive se trouve ici reniée sur son terrain de prédilection, le droit des entreprises en difficultés.

399. C'est surtout **l'exécution forcée du paiement de la rente viagère** qui prouve sans l'ombre d'un doute l'existence de la créance de rente avant la survenance de ses termes successifs. En effet, l'article 1978 du Code civil dispose que la résolution n'est pas possible en cas de défaut de paiement du débit-rentier et que le crédit-rentier « *n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages* ».

400. L'imposition et l'exécution forcée de la rente prouvent qu'il est possible de valoriser et de faire exécuter une obligation dont le *quantum* n'est pas encore définitivement fixé. Pour la valorisation, il suffit d'utiliser les tables de mortalité. Pour l'exécution forcée, il est possible de saisir le capital qui sera nécessaire à la constitution d'une rente nouvelle auprès d'une compagnie d'assurance ou bien auprès d'un établissement financier en vue d'assumer le paiement de la rente initiale.

C'est là une méthode transposable à l'exécution forcée en matière de contrats à durée indéterminée. Il s'ensuit que le capital à employer pour constituer une rente qui permettrait d'assumer le paiement du prix du contrat à durée indéterminée pourrait constituer une forme d'exécution anticipée, une **forme de déchéance du terme** pour le débiteur du prix issu d'un contrat à durée indéterminée³.

L'absence de déchéance du terme ne constitue donc pas un facteur d'absence de naissance de la créance, il n'est qu'une particularité du régime des créances issues d'un contrat à durée indéterminée. La naissance antérieure de toute la potentialité des échéances postérieures pourrait être prouvée par le paiement, même par erreur, de plusieurs termes successifs qui ne donneraient pas lieu à répétition. Au surplus, des solutions de substitutions de déchéance, qui à tout le moins permettent d'assurer la même fonction, sont imaginables, même pour le contrat à durée indéterminée.

¹ Com. 22 oct. 2009, n°07-20419, P, *Resp. civ. et assur.* 2010, comm. n°9, H. GROUTEL, com. 28 févr. 1995, n°94-12108, P, D. 1995, 89.

² Com. 2 mars 1999, n°96-19743, inédit, *Actualité proc. coll.* 1999, n°7, n°91, J. VALLANSAN, *Ann. Loyers* 2002, p. 137, C. DELATTRE, *LPA* 1^{er} févr. 2000, p. 21, C.-H. GALLET, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 128, F. MACORIG-VENIER, com. 4 mars 2003, n°99-21013, inédit.

³ Cela suppose bien entendu que le contrat soit intuitu personae sur la tête de l'un des protagonistes car alors on considère que la durée maximum du contrat sera la vie restante du plus jeune des protagonistes. En outre, le capital n'est pas payé au créancier, il sert à la constitution d'une rente qui permettra d'assurer le paiement du prix aussi longtemps que le contrat perdure. C'est une forme de déchéance du terme côté débiteur puisqu'il doit payer immédiatement un capital pour constituer le service d'une rente correspondant au paiement du prix dans son contrat. Mais ce n'est qu'une forme d'exécution forcée et de garantie côté créancier. À tout le moins cette garantie permet-elle d'écarter la déchéance du terme au sens de l'article 1188 du Code civil. Une fois le contrat rompu, le débiteur pourra bien évidemment récupérer la valeur résiduelle de sa rente.

Conclusion de section, l'inutilité du fondement traditionnel d'une naissance successive de la créance :

401. Éclairés par l'explication et les justifications théoriques d'une naissance des créances pour le tout au jour de la convention dans les contrats à durée indéterminée, l'observation des arguments techniques invoqués par les partisans de la thèse périodique prend un tout nouvel aspect. Les phénomènes qu'ils invoquent trouvent une autre explication que la naissance successive de la créance. Il s'ensuit que ce fondement traditionnel devient inutile dans les deux domaines invoqués.

La libération de la caution qui résilie sa couverture d'un contrat à durée indéterminée s'explique par la politique juridique bien connue de faveur pour la caution. Au demeurant, la naissance future de la créance ne pouvait en réalité pas justifier l'efficacité de la résiliation unilatérale car, bien que future, la dette née d'un contrat à durée déterminée est clairement identifiée. La situation du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée n'est pas analogue avec un cautionnement omnibus.

L'impossible déchéance du terme dans le contrat à durée indéterminée n'est pas symptomatique d'une absence de naissance de la créance. Seule la répétition d'un paiement anticipé de plusieurs échéances successives le serait réellement. Cette impossible déchéance du terme relève simplement du régime spécifique des contrats à durée indéterminée au même titre que la faculté unilatérale de résiliation, elle n'interfère pas avec la date de naissance des créances. Au demeurant, un ersatz de déchéance du terme peut être proposé par analogie avec la rente viagère, il suffit de constituer une rente dont le service aurait la même physionomie que le contrat à durée indéterminée.

La naissance successive de la créance n'explique donc ni l'efficacité de la résiliation du cautionnement à durée indéterminée ni l'absence de déchéance du terme dans le contrat à durée indéterminée. Ces deux arguments ne peuvent soutenir la thèse périodique d'une renaissance des créances à chaque début de période contractuelle dans le contrat à durée indéterminée.

Conclusion de chapitre, l'argumentation spécifique au contrat à durée indéterminée :

402. Contrairement aux contrats à durée déterminée, les certitudes ne sont pas de mise en matière de contrats à durée indéterminée. L'observation du droit positif ne permet pas de trancher quant à la date et au mode de naissance de la créance de prix née d'un tel contrat.

Les arguments techniques invoqués par les auteurs partisans de la thèse périodique en matière de contrats à durée indéterminée ne sont pas significatifs. La jurisprudence n'explicite pas le fondement d'une naissance successive et future de la créance pour permettra à la caution d'un contrat à durée indéterminée de se libérer pour le futur par résiliation unilatérale de son engagement. Le fondement d'une politique de faveur pour la caution se conçoit donc parfaitement et ne nécessite pas une naissance successive de la créance. L'impossible déchéance du terme ne prouve pas non plus la naissance successive de la créance. Celle-ci constitue une particularité du contrat à durée indéterminée, mais le paiement anticipé de plusieurs termes successifs ne serait pas pour autant sujet

à répétition de l'indu, seule une solution contraire sur ce terrain pouvant impliquer une naissance successive de la créance.

Seule la réflexion théorique permet donc de trancher en matière de contrats à durée indéterminée. De façon superficielle, celle-ci pourrait conduire à affirmer une naissance successive de la créance et l'impossibilité d'une naissance immédiate et pour le tout au jour du contrat. Comment les créances pourraient-elles naître alors que le nombre d'échéances et le montant global ne peut être connu à l'avance du fait de l'existence d'une faculté unilatérale de résiliation ? Mais une réflexion très approfondie aboutit à forger une opinion contraire.

La créance n'a pas besoin d'être figée, elle peut évoluer dans son contenu au fil du temps, son objet est alors déterminable en fonction d'événements postérieurs, quand bien même leur survenance serait aléatoire. La créance peut avoir un objet à formation progressive. La créance n'est pas en droit comme dans le sens commun une somme d'argent définitivement fixée. Elle présente une essence contingente qui fut déjà remarquée au chapitre précédent sur les contrats à durée déterminée quant à la réfaction de l'obligation. L'obligation est une potentialité. Dans le cas du contrat à durée indéterminée, la créance incorpore dès le jour du contrat toute la potentialité future de l'exécution du contrat. La nature et la physionomie de la créance n'imposent donc pas une naissance successive dans le contrat à durée indéterminée et permettent au contraire une naissance pour le tout au jour du contrat.

La cohérence du système juridique et la fonction économique et financière que remplit la créance au sein de celui-ci impliquent d'adopter la solution d'une naissance pour le tout au jour du contrat des créances issues de contrats à durée indéterminée. La cohérence nécessite une solution identique avec les contrats à durée déterminée pour lesquels la créance naît de façon certaine pour le tout au jour du contrat. Et il est nécessaire économiquement et financièrement de permettre la mobilisation immédiate et efficace de toutes les échéances postérieures, ce qui implique de reconnaître une naissance pour le tout au jour de la formation du contrat.

L'observation globale du système de droit privé quant à la date de naissance de la créance a donc forgé notre opinion selon laquelle la créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée présente une physionomie particulière, c'est une créance à objet à formation progressive qui naît pour le tout au jour du contrat, qui incorpore immédiatement toute la potentialité future.

Conclusion de titre sur la réfutation des thèses d'une naissance au stade de l'exécution du contrat :

403. Les thèses d'une naissance de la créance de prix reportée au stade de l'exécution du contrat se trouvent toutes les deux réfutées. Contrairement à ce que prône la thèse matérialiste, la créance de rémunération ne naît pas au fur et à mesure de l'exécution de la prestation. Contrairement à ce que prône la thèse périodique, les créances du contrat à exécution successive ne renaissent pas cycliquement à chaque début de période contractuelle matérialisée par la stipulation du terme d'échéance.

La démonstration est irréfutable pour les contrats à durée déterminée. Elle ne l'est pas pour les contrats à durée indéterminée puisque le droit positif ne permet pas de trancher pour ces derniers et que la démonstration les concernant repose uniquement sur notre réflexion et notre opinion forgée au fil du temps par l'observation globale du droit privé quant à la date de naissance des créances. Il était incontournable d'étudier la date de naissance des créances dans les contrats à durée indéterminée car la problématique théorique que constitue ces contrats incarne l'argument central des partisans de la thèse périodique. Néanmoins, le lecteur qui n'aura pas été convaincu par nos arguments en matière de contrat à durée indéterminée peut être rassuré. En effet, la suite des développements ne dépend pas de notre position en la matière et reste valable, cohérente et convaincante quelle que soit la position adoptée les concernant. La cohérence et l'harmonie du système juridique de droit privé sont malgré tout et d'après nous davantage respectés par l'adoption de la thèse classique en la matière, une naissance pour le tout au jour du contrat. Quoi qu'il en soit, la seule alternative à la thèse classique ne peut être que la thèse périodique en matière de contrats à durée indéterminée, la thèse matérialiste n'étant pas concevable eu égard à la créance de prestation. Il est impossible qu'elle naisse au fur et à mesure de son exécution, de son extinction. Et si elle naît pour le tout au jour du contrat, on ne voit pas pourquoi il n'en irait pas autant pour la créance corrélative de prix. Or la suite des développements ne concerne en réalité que la thèse matérialiste, à éclairer son véritable visage, la présence d'une seconde acception de la créance en droit qui, quant à elle, peut s'appliquer tant aux contrats à durée déterminée qu'aux contrats à durée indéterminée. Pour cette raison, le lecteur partisan de la thèse périodique pour les contrats à durée indéterminée malgré nos développements sur le sujet demeure concerné et devrait être convaincu par la suite de ces travaux, qu'il s'agisse du titre à suivre ou de la seconde partie.

404. Pour écarter les thèses contemporaines d'une naissance de l'obligation de paiement du prix retardée au jour de l'exécution du contrat, nous avons mis de côté la jurisprudence contradictoire rendue sur le terrain du privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté. Il apparaissait en effet d'emblée que le mécanisme du privilège de procédure n'avait pas nécessairement une fonction symptomatique de l'existence de la créance et donc de sa date de naissance. À tout le moins sa fonction devait-elle moins mettre en évidence la date de naissance de la créance que son extinction ou son transfert de propriété utilisés pour examiner la validité des thèses contemporaines. À cela s'ajoute que cette jurisprudence de l'ancien article 40 pouvait sembler marginale. En effet, en la matière, la naissance de la créance de prix est également reportée au stade de l'exécution dans la vente alors pourtant qu'il est très communément admis que le prix naisse du contrat de vente sans que cela ne soit remis en cause, sans que cela soit controversé comme en matière de contrats à exécution successive.

Il convient à présent d'examiner cette jurisprudence confrontée à la thèse classique d'une naissance au jour du contrat. Réfutant les thèses contemporaines d'une naissance au jour du contrat, nous avons implicitement conforté la thèse classique. Mais cela ne suffit pas pour valider pleinement et entièrement cette thèse qui reçoit des critiques de la part de ses détracteurs, critiques qui doivent elles aussi être examinées.

Ce n'est qu'en confrontant la thèse classique d'une naissance au jour du contrat aux critiques qui lui sont adressées et à la jurisprudence qui lui semble opposée qu'il sera possible en approfondissant la réflexion de la consolider par son renouvellement.

TITRE 2 : Consolidation de la date de naissance de la créance fixée au stade de la formation du contrat

405. Les thèses modernes d'une naissance reportée au stade de l'exécution du contrat réfutées, il importe à présent de se pencher sur la thèse classique d'une naissance au jour du contrat.

D'abord, la réfutation d'une thèse n'emporte pas nécessairement la validation d'une autre.

Ensuite, les adversaires de la thèse classique lui adressent des critiques qui sont en partie fondées. Il convient donc de ne pas les ignorer et de les examiner afin de traiter la question dans son ensemble, de ne pas ignorer certains aspects qui pourraient a priori paraître gênants. L'examen de ces critiques permettra d'en purger la thèse classique pour la consolider. La cohérence du droit s'en trouvera renforcée, car toute critique partiellement fondée à la thèse classique renforce la fausse impression de véracité des thèses contemporaines et contribue ainsi à déstabiliser la cohérence du système de droit privé en matière de date de naissance de la créance.

Enfin, il importe de confronter la thèse classique à la jurisprudence rendue en droit des entreprises en difficulté. Celle-ci constitue le siège de la thèse matérialiste d'une naissance de la créance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation. Excepté pour l'exposé de la thèse matérialiste à titre préliminaire, cette jurisprudence avait jusqu'à présent été sciemment mise de côté pour vérifier si les créances naissaient réellement successivement en droit commun, à tout le moins en dehors de la détermination des créances bénéficiant du privilège de procédure.

À l'examen, ni le visage actuel de la thèse classique ni l'analyse de son « foyer de résistance », la jurisprudence rendue en droit des entreprises en difficulté, ne sont satisfaisants. L'analyse doit ainsi être renouvelée à tout point de vue, qu'il s'agisse du principe de naissance au jour du contrat (chapitre 1) ou des manifestations de droit positif qui lui résistent (chapitre 2).

Chapitre 1 : Approche renouvelée d'un principe

406. Adversaire de la thèse classique Gilles Endréo lui reproche de n'être fondée que sur un « *préjugé volontariste* » qui tend abusivement à faire de la volonté la source de toute obligation juridique, y compris en dehors de la source contractuelle. À l'examen, force est de constater que la thèse classique prend aujourd'hui les aspects d'un dogme. D'une part, les arguments invoqués à son soutien ne portent pas, si bien qu'elle se trouve démunie de fondement juridique. D'autre part, en tant que dogme, elle ne supporte pas l'existence d'exception. Le droit positif nie pourtant ce point puisqu'il existe des créances contractuelles qui naissent de façon incontestable à une autre date qu'au jour de la formation du contrat. Plus gênant, ce dogme conduit la jurisprudence à fixer des dates de naissance erronées.

Emmanuel Putman expliquait pourtant que la naissance au jour du contrat ne constituait qu'un principe comportant des exceptions¹ et qu'implicitement il ne s'agissait pas d'une vérité intangible et inaltérable devant s'appliquer à toute créance de source contractuelle. Les exceptions envisagées par l'auteur semblent cependant s'être perdues au fil du temps. La doctrine l'ayant suivi, notamment Nicolas Thomassin², Benoît Grimonprez³ et Stéphane Torck⁴, ne semblent en effet plus envisager d'exception possible. Finalement, ce ne sont pas les exceptions évoquées par Emmanuel Putman qui furent le plus retenues, mais davantage le « *noyau de résistance* » dont l'analyse sera renouvelée au chapitre suivant. C'est le visage que lui avait donné Emmanuel Putman qu'il convient de restaurer et de consolider, celui d'un principe s'articulant avec des exceptions.

À la découverte de l'actuel visage de la thèse classique, un dogme (section 1), suivra donc le renouveau de ce visage en un principe général du droit s'articulant avec des exceptions et s'expliquant par la nature normative du contrat (section 2).

Section 1 : La faiblesse d'un dogme

407. L'examen de l'argumentation des partisans de la thèse classique n'apparaît pas véritablement suffisante pour fonder la naissance des créances contractuelles au jour du contrat. Pour cette raison, il semble que la thèse classique fasse aujourd'hui davantage figure de dogme. Un dogme est une proposition théorique établie comme vérité indiscutable par l'autorité qui régit une certaine communauté⁵. Il s'agit ici de l'autorité doctrinale des auteurs classiques.

Le caractère dogmatique constitue déjà un problème en soi sur le plan théorique. Il jette le discrédit sur la thèse classique que l'on croyait assise sur des bases plus solides tant elle est affirmée avec force par d'illustres auteurs. Surtout, c'est ce caractère dogmatique et ses corollaires qui ont permis

¹ E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. op. cit. 1987.

² N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007 p. 655.

³ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th. Poitiers 2005.

⁴ S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », in actes du colloque, CEDAG, LPA 9 nov. 2004 p. 25.

⁵ Lexilogos, CNRS.

aux partisans des thèses contemporaines de critiquer avec efficacité la thèse classique et de soutenir leur propre thèse d'une naissance repoussée au stade de l'exécution du contrat.

Mais ce caractère dogmatique représente également au problème sur le plan pratique, à l'étude du droit positif. Il emporte en effet des conséquences qui peuvent être déplorées. Parce qu'un dogme ne s'explique pas, il ne peut s'articuler avec des exceptions. Il s'ensuit que la jurisprudence fixe au jour du contrat la date de naissance de certaines créances dont il est pourtant certain qu'elles ne naissent pas à cette date.

Pour ces raisons, après avoir mis en évidence le caractère dogmatique de la thèse classique (§1), ses déviations seront mises en évidence afin de le critiquer (§2).

§ 1 : Exposé du dogme

408. Tous les partisans de la thèse classiques¹ se réfèrent à l'autorité doctrinale d'Emmanuel Putman² qui fut semble-t-il le premier à tenter de démontrer que « *la conclusion du contrat marque bien la naissance des créances contractuelles* »³. Personne ne s'est toutefois encore livré à un examen précis des arguments invoqués alors que la tâche est pourtant incontournable. Certains auteurs ajoutent de nouveaux arguments au soutien de la thèse classique, mais la plupart se contentent du seul renvoi à Emmanuel Putman. Cela s'explique par le fait que les partisans de la thèse classique sont contraints de déployer beaucoup d'énergie pour combattre les thèses adverses d'une naissance de la créance de prix au stade de l'exécution du contrat. Pourtant, leur réfutation des thèses adverses ne fonde pas leur propre position.

Les arguments invoqués par les auteurs classiques au soutien de leur thèse d'une naissance des créances contractuelle au jour du contrat sont en réalité inopérants à la démonstration (A). Certains recèlent une autre dimension, car ils portent en eux l'origine de l'aspect dogmatique de la thèse classique (B).

A. Le symptôme d'une absence de fondement

409. Pour soutenir la thèse classique, Emmanuel Putman argue du fait que la date du contrat est utilisée pour résoudre divers conflits de lois dans le temps et dans l'espace (1), pour fixer le point de départ du délai d'inscription du privilège du vendeur d'immeuble (2), ainsi que pour déterminer le passif dont doivent répondre les associés d'une société civile de construction (3). Il apparaît

¹ Sans prétendre à l'exhaustivité : J. MESTRE, « De la date de naissance des obligations contractuelles », RTD civ. 1987 p. 739 commentant les trois arrêts suivants : Civ. 1, 16 juill. 1986, Bull. civ. I n°212 p. 203, Com. 25 nov. 1986, Bull. civ. IV n°222 p. 193, Civ. 1 16 déc. 1986 Bull. I n°299 p. 284. L'auteur se réfère à la thèse d'Emmanuel PUTMAN pour constater que les arrêts commentés n'en constituent qu'une illustration. S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », article op. cit. n°2 et 23. N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », article op. cit. n°4 et 14. B. GRIMONPREZ, th. op. cit.

² E. PUTMAN, th. op. cit. sur la formation des créances.

³ Ibid.

cependant à l'approfondissement de chacun de ces points qu'ils ne montrent pas véritablement que les créances contractuelles naissent au jour de la formation du contrat.

1/ La date du contrat comme outil de résolution des conflits de lois

410. Emmanuel Putman¹ argue de l'utilisation généralisée de la date du contrat pour régler les conflits de lois dans le temps (a) et dans l'espace (b) afin de démontrer que les créances naissent au jour du contrat. L'argumentation mérite cependant d'être relativisée.

a) Les conflits de lois dans le temps

411. Concernant les conflits de lois dans le temps, Monsieur Putman argue de l'application du principe de survie de la loi ancienne du contrat en cas de changement de législation lorsque le contrat n'a pas déployé tous ses effets².

Effectivement, cette solution était initialement fondée sur la théorie des droits acquis. Un droit acquis se définit comme celui qui serait entré dans notre patrimoine³. Transposé au droit de créance, cela revient à appliquer le critère de date de naissance de la créance car seule la créance née fait partie du patrimoine du créancier.

412. Toutefois, ce fondement juridique des droits acquis apparaît aujourd'hui révolu. Roubier⁴ proposait déjà de raisonner sur le concept de situation juridique et non plus sur celui de droits acquis. La solution repose aujourd'hui clairement sur la prise en compte par les parties du contexte législatif au moment où elles ont exprimé leur volonté pour consentir et former le contrat⁵. L'arrêt de principe du 15 juin 1962⁶ va en ce sens, car il y est fait référence en chapeau à la loi en vigueur au jour où le contrat a été passé et non plus aux droits acquis. Figure en filigrane dans l'attendu principal de l'arrêt la raison profonde selon laquelle le contrat avait été « *conclu en considération des règles antérieures* ». L'explication réside dans la sécurité juridique des conventions qui implique de ne pas contrecarrer les prévisions des parties.

La doctrine reconnaît aujourd'hui explicitement que c'est « *sous le couvert*⁷ de la théorie des droits acquis » que le principe de survie de la loi ancienne fut posé dès le XIX^{ème} siècle. Même si la théorie des droits acquis est utilisée dans d'autres domaines par la jurisprudence⁸, ce n'est plus elle qui fonde le principe de survie de la loi ancienne en matière de conflits de lois dans le temps.

¹ Th. op. cit. n°176.

² F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, D. 2009, 8^{ème} éd., n°450.

³ F. TERRÉ, *Introduction*, op. cit. n°446.

⁴ ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, 1929. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 1960.

⁵ F. TERRÉ, *Introduction*, op. cit.

⁶ Civ. sect.. com. 15 juin 1962, Bull. civ. III n°313 p. 258, GA, t. 1, n°3-6 p. 25 et s., spéc. p. 29 arrêt IV.

⁷ C'est nous qui soulignons.

⁸ H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 11^{ème} éd. 2000, p. 32, n°5.

Puisque le critère mis en œuvre n'est pas la date de naissance des créances, mais la date du contrat, la résolution des conflits de lois dans le temps n'indique en rien la date de naissance des créances. Elle ne peut donc pas être invoquée pour soutenir que les créances contractuelles naissent au jour du contrat. Emmanuel Putman l'avait d'ailleurs sans doute lui-même pressenti lorsqu'il relevait que cet argument « *milite* » (seulement) en faveur d'une naissance au jour du contrat.

b) Les conflits de lois dans l'espace

413. Emmanuel Putman argue que la loi gouvernant les créances correspond le plus souvent à celle du contrat. Il cite à cet égard d'anciens auteurs ainsi qu'un certain nombre de solutions particulières en matière de prescription, de compensation, de novation et de cession de créances. Deux observations conduisent à conclure qu'ici encore la date de naissance de la créance est étrangère à la question.

414. En premier lieu, la solution n'est pas univoque. La loi de la créance n'est pas toujours la loi du contrat. Nombreux sont les cas où il n'en va pas ainsi.

C'est la loi du pays d'exécution qui s'applique par préférence à la loi du lieu de formation du contrat pour ce qui concerne les modalités d'exécution ou l'exécution forcée des obligations¹. La loi du contrat peut être écartée au profit de la loi du for dans le cas très fréquent du paiement des obligations de sommes d'argent². Une loi autonome différente peut s'appliquer pour tout nouvel acte modifiant la situation juridique créée par le contrat initial, notamment les droits et les obligations subséquents (remise de dette, subrogation conventionnelle,...)³. En matière de cession conventionnelle de créance, c'est la loi du contrat de cession qui régit les rapports entre cédant et cessionnaire et cette loi peut parfaitement diverger de la loi du contrat à l'origine de la créance cédée⁴. La saisie de créance n'est pas régie par la loi du contrat qui en est à l'origine, mais par la loi du domicile du débiteur⁵. Enfin, le règlement Rome I⁶ qui harmonise dans les états membres la loi applicable en matière contractuelle autorise de pratiquer conventionnellement la technique de dépeçage du contrat⁷ qui permet notamment d'appliquer aux obligations issues du contrat une loi différente de la loi du contrat.

¹ Rome I, art. 12, 2°).

² Pour diverses raisons inhérentes à la monnaie objet d'une telle obligation qui met en cause le pouvoir régalién de l'état émetteur de ladite monnaie : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz 9^{ème} éd. 2007, n°384.

³ Ibid n°383.

⁴ Rome I, art. 14, 1°).

⁵ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, n°683.

⁶ Art. 3, 1° du règlement Rome I : « *les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat* ».

⁷ Technique consistant à soumettre divers éléments d'un même contrat, notamment les différentes créances qui en sont issues, à plusieurs lois distinctes. La technique fut développée et controversée en doctrine, reçut une certaine réception par la jurisprudence allemande (Putman th. op. cit. n°178), mais fut mal accueillie par la jurisprudence française (Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, n°177 et 378-3).

Or, si la loi régissant la créance devait être celle de sa date de naissance et que sa date de naissance résidait toujours dans la date du contrat, alors la loi du contrat serait toujours la loi applicable à la créance. Puisque tel n'est pas le cas, c'est que l'un, l'autre ou les deux présupposés sont erronés et que par conséquent l'argument ne suffit pas à démontrer que les créances contractuelles doivent naître au jour de la formation du contrat.

415. En second lieu, l'argument de Monsieur Putman ne survit pas à l'adoption, depuis sa thèse, du règlement Rome I qui harmonise entre les états membres la loi applicable en matière contractuelle. Dans ce règlement, la loi du contrat n'est pas la loi de son lieu de formation. Si la forme des actes relève certes de la loi du lieu de formation du contrat¹, le fond du contrat, sa substance, tout particulièrement les créances qui en sont issues, relève de la loi du lieu d'exécution de la prestation caractéristique².

L'argument initialement invoqué par Emmanuel Putman au soutien de sa thèse classique se retrouve ainsi détourné au profit de ses contradicteurs, les partisans d'une naissance de la créance au stade de l'exécution du contrat. En effet, si la loi du contrat correspond à la date de naissance des créances contractuelles, alors cette date serait fixée au jour de l'exécution de la prestation caractéristique.

Il nous semble cependant que c'est davantage que l'argument n'était pas opérant. La date de naissance de la créance est étrangère à résoudre un conflit de loi dans l'espace³. Tout au plus peut-elle constituer l'un des indices empiriques utilisables pour appliquer le principe de proximité⁴, déterminer le lieu présentant les liens les plus étroits avec le contrat. Parmi ces indices figure d'ailleurs la prévisibilité des parties⁵ tout aussi étrangère à la date de naissance des créances et dont il était question précédemment pour résoudre les conflits de loi dans le temps.

2/ La date du contrat comme point de départ du délai d'inscription du privilège du vendeur d'immeuble

¹ En vertu de l'ancienne maxime *locus regit actum* : D. BUREAU et H. MUIR WATT, n°916 : il y a derrière des raisons pratiques pour les parties et en vue de favoriser la validité des actes. Surtout, ce principe repose sur une présomption implicite de la volonté des parties et peut être expressément écarté par elles. Nous pouvons donc en déduire qu'il n'a donc rien à voir avec la date de naissance des créances issues dudit contrat.

² Règlement Rome I art. 4, à défaut de choix des parties pour une autre loi. Pour le droit international privé français applicable hors champ du règlement Rome I, la jurisprudence fait application du principe dit de proximité, à savoir la loi du lieu présentant le lien le plus étroit avec le contrat d'après son économie et les circonstances qui l'entourent. Mais dans tous les cas il ne s'agit pas *ipso facto* du lieu de formation du contrat, du moins celui-ci pouvant constituer l'un des nombreux indices pouvant être utilisés pour déterminer ce lieu aux liens étroits avec le contrat.

³ Preuve en est également que la créance d'indemnité née de l'inexécution d'un contrat se trouve elle aussi soumise à la loi du contrat (Y. LOUSOUARN, P. BOUREL et de P. DE VAREILLES-SOMMIERES n°383, sauf exceptions d'ordre public) alors pourtant qu'elle ne naît pas au jour du contrat, mais au jour postérieur de son inexécution (P. JOURDAIN, article op. cit. *LPA* nov. 2004 et infra §2 B). Or, si la loi de rattachement correspondait à la date de naissance de la créance, devrait être applicable ici la loi du lieu d'exécution (donc d'inexécution) et non pas la loi du contrat.

⁴ Principe toujours appliqué à défaut d'expression de la volonté des parties par la jurisprudence en droit international privé français. Mais aussi principe le plus subsidiaire applicable dans le cadre du règlement Rome I.

⁵ 16^{ème} considérant du règlement Rome I.

416. L'ancien article 2178 du Code civil¹ régit le privilège du vendeur d'immeuble et dispose qu'il doit être inscrit dans les deux mois de l'acte de vente et qu'il prend rang au jour de cet acte. Pour Emmanuel Putman², ces dispositions impliquent que la créance du prix de vente naisse du contrat de vente. Cependant, approfondissant la question, il ne semble pas que la date de naissance de la créance garantie puisse être déduite du point de départ de son inscription, ni même de la date à laquelle elle prend rang.

417. Tout d'abord le privilège octroyé par l'article concerne aussi bien le vendeur de l'immeuble que le prêteur des deniers ayant servi à son acquisition. Or, suivant le raisonnement appliqué par Monsieur Putman, cela signifierait que la créance de remboursement du prêt naît elle aussi de l'acte de vente. Tel n'est à l'évidence pas le cas. Qu'elle naisse à la date du contrat de prêt³ ou à la date de remise des fonds⁴, la créance de restitution des fonds prêtés ne naît en tous cas pas au jour de l'acte de vente du bien acquis à l'aide de ces fonds.

Ensuite le délai d'inscription ne court plus du jour du contrat de vente lorsque celle-ci porte sur un immeuble à construire, mais du jour de la constatation de l'achèvement des travaux⁵. Cela signifierait que la créance de prix ne naît plus du jour de l'acte de vente, mais du jour postérieur de l'achèvement des travaux⁶.

À nouveau, ce n'est pas la date de naissance de la créance de prix qui se cache derrière le point de départ du délai d'inscription du privilège, mais plutôt le transfert de propriété de la chose garantie dans le patrimoine de l'acheteur.

La nature et l'histoire de ce privilège confortent enfin cette idée. Les privilèges constituent une catégorie hétéroclite dont l'origine historique oscille de la simple règle de classement (privilèges généraux) à la sûreté immobilière légale (privilège spécial immobilier)⁷. Or, concernant spécifiquement le privilège du vendeur d'immeuble, celui-ci nous vient de l'ancien droit où la pratique insérait dans les ventes d'immeuble une clause de style portant « constitution d'une hypothèque grevant l'immeuble dès son entrée dans patrimoine de l'acheteur »⁸. Outre que l'on retrouve dans cette origine historique le critère de date d'entrée en patrimoine du bien grevé et non pas celui de date de la naissance de la créance garantie, la nature hypothécaire dont est issue ce privilège permet d'asseoir le caractère inopérant de ce dernier à éclaircir la date de naissance de la créance. En effet, si le constituant ne peut inscrire une hypothèque sur un bien dont il n'est pas propriétaire, notamment sur un bien futur⁹, il peut néanmoins parfaitement inscrire une hypothèque

¹ Nouvel art. 2379

² Th. op. cit. n°172.

³ D'après Emmanuel Putman.

⁴ D'après nous.

⁵ CABRILLAC, MOULY et PETEL, n°842, mais le privilège prend néanmoins rang au jour de l'acte de vente.

⁶ Il faut reconnaître qu'Emmanuel PUTMAN admet de façon incidente qu'en cas de vente d'une chose future la créance du prix de vente ne naît que du jour de l'existence de la chose vendue, de telle sorte que ce cas de l'immeuble à construire ne serait pas vraiment incompatible avec sa thèse.

⁷ CABRILLAC, MOULY et PETEL n°555 et 556.

⁸ CABRILLAC, MOULY et PETEL n°840.

⁹ Le principe est posé à l'art. 2419 du Code civil, bien que des exceptions lui soient aménagées dans certains cas précis : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz 2009, 5^{ème} éd., n°411 s.

pour garantir une créance future¹. Puisqu'une hypothèque peut être inscrite pour garantir une créance future, c'est bien que la date de naissance de la créance garantie n'a guère d'importance en la matière. Ce qui importe, c'est l'entrée dans le patrimoine du **bien objet de la garantie**. C'est pour quoi le délai d'inscription court à compter du contrat de vente, à compter du **transfert de propriété** dudit bien, et se trouve retardé au jour de l'existence du bien en cas de vente d'un immeuble à construire, d'un immeuble futur.

La naissance de la créance est donc étrangère au mécanisme du privilège de vendeur d'immeuble. Sa mise en œuvre ne peut dès lors pas constituer un indice pour éclairer la date de naissance de la créance.

3/ La date du contrat comme naissance des dettes d'une société civile de construction

418. Dans les sociétés civiles de construction, les associés sont tenus du passif de la société conformément à l'art. L. 211-2 du Code de la construction et de l'habitation. En cas de changement d'associé, le vendeur assume les dettes nées avant la cession, l'acquéreur celles nées après. Ainsi, déterminer lequel du vendeur ou de l'acquéreur des parts sociales doit assumer la charge d'un passif permet d'éclairer la date de naissance de la dette considérée. Emmanuel Putman relève trois arrêts en la matière.

419. Le dernier arrêt cité peut d'emblée être exclus car il ne concerne pas la date de naissance des créances. Il s'agit d'une cassation pour défaut de base légale car la Cour d'appel aurait dû rechercher dans le devis si une prestation avait été convenue ou pas. Or, se référer aux éléments précontractuels pour interpréter la volonté des parties et la teneur de leurs engagements n'implique pas que les créances naissent aux dates des éléments factuels utilisés pour ladite interprétation. Le contrat n'existe pas au moment du devis, mais au moment de son acceptation. Et s'il est possible de douter que les créances contractuelles ne naissent pas forcément au jour du contrat, il ne fait aucun doute qu'elles ne naissent pas avant son existence. Emmanuel Putman l'a d'ailleurs clairement démontré dans sa thèse².

Concernant les deux autres arrêts, l'un de cour d'appel, l'autre de la cour de cassation, il était bien question de date de naissance des créances, mais les solutions et leur interprétation en faveur d'une naissance au jour du contrat sont contestables à plusieurs titres.

D'une part, quant à l'interprétation, les deux arrêts affirment certes que les créances étaient nées au jour du contrat, mais l'affirmation reste cantonnée aux espèces traitées et n'est pas énoncée sous

¹ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, op. cit. n°406 et 407 : et la possibilité s'est encore accentuée avec la dernière réforme du droit des sûretés qui institue l'hypothèque rechargeable à l'art. 2422 du Code civil. Celle-ci permet littéralement de détacher l'hypothèque constituée de la créance en garantie de laquelle elle est inscrite. La clause expresse de rechargement est publiée lors de la constitution, elle transforme l'hypothèque en une réserve hypothécaire dans laquelle peuvent être insérées des créances futures au profit du même créancier ou de nouveaux, l'intérêt de l'institution réside dans l'octroi à ces créanciers futurs du rang initial de l'hypothèque ainsi constituée. La réserve hypothécaire subsiste dès lors même en l'absence de créance à garantir, notamment après paiement de la créance initialement garantie. C'est dire que la date de naissance de la créance garantie n'a véritablement plus aucune importance en matière de constitution d'hypothèque !

² Th. op. cit.

forme de principe général. Or, si les créances étaient nées dans ces affaires au jour du contrat, cela n'implique pas que ce soit toujours le cas, ni même généralement le cas d'ailleurs.

D'autre part et surtout, quant à la solution posée par ces arrêts, il s'agissait de créances d'indemnité issues de la responsabilité contractuelle des sociétés et non pas des créances prévues au contrat. Il s'ensuit que les solutions sont erronées d'après la thèse d'Emmanuel Putman elle-même puisque l'auteur y démontre que la créance de responsabilité contractuelle naît de la survenance du dommage, qui correspond bien en l'espèce au jour de l'inexécution du contrat¹.

Au surplus, le premier arrêt ne fait qu'exclure la naissance au jour du jugement de condamnation, si bien qu'il est permis de se demander si la véritable date de naissance, le jour de l'inexécution², avait été soulevée par les avocats au Conseil des parties.

Enfin, la solution se trouve également erronée en opportunité car ce sont les associés au jour de l'exécution qui auraient dû et qui auraient pu s'assurer que la société exécute convenablement ses engagements antérieurement contractés et non pas les anciens associés.

D'autres arguments sont invoqués, par Monsieur Putman ainsi que par les autres partisans de sa thèse « classiques ». M. Putman, suivi de Nicolas Thomassin, argue également de la lettre du Code civil. Benoît Grimonprez en appelle au droit romain. Cependant, loin de soutenir la thèse classique, ces arguments conduisent davantage à identifier l'origine de son aspect dogmatique, une confusion entre les concepts de contrat et d'obligation.

B. L'origine d'une confusion entre contrat et obligation

420. Emmanuel Putman³ se réfère à la lettre du Code civil au soutien de sa thèse d'une naissance des créances contractuelles au jour de la formation du contrat. Le Code civil définit en effet un certain nombre de contrats nommés par l'utilisation du verbe obliger, une convention par laquelle les parties « s'obligent à ... »⁴. Vingt ans plus tard, Nicolas Thomassin⁵ ajoute reprend cet argument en utilisant la définition que donne le Code civil du contrat dans les dispositions de droit commun, le contrat est « la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent... »⁶.

¹ Th. op. cit. n°318 où l'auteur conclut.

² E. PUTMAN th. op. cit. et P. JOURDAIN, art. op. cit.

³ Th. op. cit., 1987, n°172. Il est possible à cet égard de relever d'emblée une contradiction chez Monsieur PUTMAN. L'auteur cite l'art. 1601-1 du Code civil sur la vente d'immeuble à construire. Ceci implique que la créance de prix de l'immeuble futur naisse du contrat de vente, soit avant l'existence de l'immeuble. Cette vision se confirme par l'utilisation que fait l'auteur d'un arrêt qui énonçait explicitement la naissance de l'obligation de prix d'une vente en état futur d'achèvement au jour du contrat (n°174). Pourtant, l'auteur soutiendra plus loin une solution contraire en considérant que la créance de prix ne naît que du jour de l'existence de la chose vendue dans la vente d'une chose encore inexistante (n°237 p. 254 et 255 : « la créance de prix demeure, subordonnée dans sa naissance même, à l'existence de la chose future »).

⁴ La vente : art. 1582 du Code civil et art. 1601-1 du même Code pour la vente d'immeuble à construire. Le séquestre : art. 1709 du Code civil. Le louage : art. 1956 du Code civil.

⁵ Article op. cit. n°10.

⁶ Art. 1101 du Code civil et dans une rédaction similaire les articles 1102, 1103, 1126 et 1135.

Benoît Grimonprez¹ l'explique par l'adoption par Pothier de la conception qu'avait le droit romain des notions de contrat et d'obligation. L'auteur précise que le Code civil adopte la conception du droit romain car les termes convention et obligation y sont « *confondus* ». Cette précision interpelle car la démonstration dès lors s'inverse. N'est-ce pas à cause de la confusion des concepts en droit romain, reprise par le Code civil, qu'est apparu le dogme d'une naissance des obligations contractuelles au jour du contrat ? La « confusion » implique l'existence d'une erreur, celle de ne pas distinguer entre deux concepts qui ne sont pas identiques, le contrat et l'obligation. Cette confusion constitue nécessairement un barrage à la dissociation de la date du contrat et de celle de l'obligation car si les deux notions sont mélangées, il n'est pas possible de distinguer leurs dates d'apparition.

Un examen un peu plus poussé du droit romain (1) et des commentateurs du Code civil (2) le confirme l'idée d'une confusion erronée des concepts. Dès lors, la lettre du Code civil ne sert pas ici la thèse classique, elle la biaise en lui donnant un aspect dogmatique et constitue au contraire une faille qui facilite la critique de ses adversaires, les partisans des thèses contemporaines.

1/ La fusion des concepts en droit romain

421. D'après Michel Villey², le droit romain serait mal appréhendé car déformé par notre conception moderne du contrat. Et l'auteur remarque que les concepts fondamentaux du droit romain sont « *fondamentalement différents des nôtres* ». Il faut donc prendre garde. Ce n'est pas parce que nous utilisons le terme contrat pour appréhender la notion en droit romain que cette même notion au sens où nous l'entendons aujourd'hui existait déjà à cette époque.

En réalité, notre notion de contrat n'existait pas en droit romain, elle fusionnait avec le concept d'obligation, plus spécifiquement, le contrat désignait l'obligation munie d'une action (a). Totale sous l'Empire, la fusion persistait tout de même sous l'époque classique malgré l'apparition de contrats consensuels, car le principe demeurait l'absence de force obligatoire du simple accord de volonté (b).

a) Une fusion automatique sous l'ancien droit romain

422. Cette fusion est inhérente au formalisme du droit romain. Les Institutes de Justinien énoncent : « *pas d'obligation qui ne provienne d'un fait* »³. Seuls certains faits peuvent donner lieu à des actions, donc à des obligations juridiquement sanctionnées. Il peut s'agir de délits ou de l'accomplissement de rites par les parties. Rites et délits sont placés sur un pied d'égalité, ce ne sont que des faits susceptibles d'action en justice. La volonté de produire ou non des effets juridiques passe inaperçue.

¹ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th., 2005 n°45 et 46 : l'auteur cite à cet effet plusieurs juristes et manuels de droit romain, ainsi que Von Ihering et son ouvrage sur l'esprit du droit romain (IHERING, *L'esprit du droit romain*, 1886, 3^{ème} éd., t. IV, p. 170 et 171).

² P. VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Arch. Philo. droit* 1968, t. 13, p. 1.

³ Ibid.

Or, puisque l'obligation ne peut naître que du fait, il n'y a pas de place pour une notion de contrat au sens d'acte juridique. Le fait génère l'obligation. Le contrat n'est pas autre chose que l'obligation elle-même.

Pour cette raison, les contrats ne sont jamais synallagmatiques, ils ne génèrent d'obligation qu'à la charge d'une seule partie. Le contrat n'est donc que la contraction d'un lien de droit, d'une obligation entre débiteur et créancier. Ainsi, pour obtenir l'équivalent du contrat de vente, il fallait deux stipulations différentes, une stipulation de l'acheteur et une stipulation du vendeur, générant toutes deux des actions différentes. C'est pourquoi Paul Frédéric Girard remarque que, pour obtenir des contrats bilatéraux, « on a dû recourir à l'instrument universel qui servait à rendre les conventions obligatoires, au contrat verbal, ou plus précisément à deux contrats verbaux, par l'un l'acheteur devenait créancier de la chose (*emptio*), par l'autre (*venditio*) le vendeur devenait créancier du prix ».

423. L'utilisation du substantif « contrat » prête à confusion. Il n'y avait à l'origine que des obligations générées par la survenance de faits, des délits ou des rites. Même avant le droit romain, dans la Grèce antique, Aristote utilisait le mot « *synallagma* » pour désigner à la fois le fait, volontaire ou non, qui donnait naissance à un rapport de droit, et le rapport de droit lui-même, l'obligation¹. On comprend dès lors la remarque de René Robaye d'après laquelle « *notre idée de contrat, axée sur l'accord de volontés, aurait été incompréhensible dans une société où les effets juridiques ne résultent pas de l'intention des parties, mais de la fore propre à certains rites ou à des paroles consacrées* »².

Le contrat n'avait initialement aucune « *réalité abstraite* »³. Il ne sera d'ailleurs « *pas même l'objet d'une définition générale... L'emploi des termes contractus contractum ou contrahere dans les textes juridiques romains est extrêmement flou ; on peut contrahere cirmen, culpan, delictum ; un texte de Paul appelle « contrat » toute espèce d'obligation omnem obligationem (D. 5.1.20) ; c'est comme si ces mots empruntés au langage vulgaire n'appartenaient pas encore tout à fait au langage technique du droit... Il arrive que soit appelé contrat, dans les textes juridiques romains les relations nées de la tutelle..., de l'acceptation d'hérédité... ou même du paiement de l'indu* »⁴.

424. Cette vision initiale du contrat en droit romain rend parfaitement impossible une naissance de l'obligation à une autre date qu'à celle du contrat. Ce dernier n'existe pas en réalité, l'obligation naît de l'accomplissement de faits précis, sa date de naissance se cristallise à cette date. Et ce n'est au final que parce que ce moment constitue la date de naissance des obligations qu'il pourrait être qualifié de contrat⁵.

¹ D. DEROUSIN, « La notion de contrat in Le contrat, approches historiques et théoriques », in *Table ronde du Centre lyonnais d'histoire du droit*, 2001, p. 12 en note de bas de page.

² R. ROBAYE, *Le droit romain*, t. 2, p.24.

³ P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ 2008 p. 354.

⁴ M. VILLEY, article op. cit. p. 7 et 8.

⁵ Jean GAUDEMENT et Emmanuelle CHEVREAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^{ème} éd. 2009, p. 261 : « Seules ont en principe cet effet les conventions reconnues par le droit et qualifiées de contrats ».

Il convient cependant de prendre compte du fait que le droit romain connu également des contrats consensuels qui n'apparaissent que tardivement¹.

b) Une fusion persistante à l'époque classique

425. Tant que le contrat se réduisait à l'obligation contractuelle obligatoire et se cristallisait dans l'accomplissement d'un fait donnant naissance à une obligation, il ne pouvait pas y avoir de distinction entre le contrat et l'obligation. Les deux concepts étaient fusionnés. L'obligation ne pouvait dès lors naître à une autre date qu'à celle du contrat. Plus précisément, le contrat ne pouvait survenir à un autre moment qu'à celui de la naissance des obligations contractuelles.

Le contrat finit toutefois par commencer de s'émanciper du simple fait. Avec l'expansion de l'Empire romain, la société se complexifie, les besoins juridiques évoluent et les inconvénients du formalisme commencent à supplanter ses avantages. Le droit romain est contraint de s'assouplir, spécialement le droit des contrats connaît un renouvellement complet². Les jurisconsultes prennent conscience de l'existence du consentement derrière tout contrat. Ce consentement prenait le nom de *conventio*, étymologiquement formé par la réunion de *cum* et *venire*, signifiant ainsi se réunir sur un point déterminé³. Face aux anciens contrats unilatéraux munis d'actions de droit strict, donc d'interprétation étroite, apparaissent de nouveaux contrats bilatéraux munis d'actions de bonne foi, donc d'interprétation large⁴. Spécialement, le droit romain finit par admettre l'existence d'un contrat se formant par la seule rencontre des consentements pour les quatre plus fréquemment utilisés : la vente, le louage, le mandat et la société. La date d'apparition de ces contrats consensuels se trouve controversée chez les auteurs. Pour M. Girard, leur existence est avérée dès le milieu du VII^e siècle, mais ils ne dégagent leurs pleins effets qu'à l'époque classique⁵.

426. L'admission de contrats purement consensuels constitue un premier pas franchi vers la dissociation des concepts de contrat et d'obligation, vers l'émergence d'un véritable concept de contrat. En effet, avec cette nouvelle nature d'un accord de volontés, d'une rencontre de consentements, le contrat se voit doté du potentiel pour devenir autre chose qu'un simple fait générateur d'obligations.

Toutefois, si les prémices d'une dissociation sont bien présentes dès l'époque classique du droit romain, celle-ci ne sera cependant pas accomplie pour deux raisons.

En premier lieu, bien qu'étant en pratique les plus fréquents, les contrats consensuels ne constituent que des exceptions sur le plan des principes. Le principe cardinal reste et demeure que le pacte nu, la simple convention est impuissante à elle seule à faire naître des obligations sanctionnées par une

¹ Ibid. p. 262.

² P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 561.

³ D. DEROUSSIN, « La notion de contrat », art. op. cit. p. 7.

⁴ Ibid. p. 566.

⁵ Ibid. p. 572.

action en justice (Ulpian)¹. Les contrats consensuels ne constituent qu'une simple catégorie de contrats parmi d'autres. Relégués au simple rang d'exceptions, l'essence, la nature du contrat ne peut complètement émerger pour l'affranchir définitivement du simple fait générateur d'obligations. Ainsi, pour Accurse, « le pacte doit être vêtu », mais les quatre contrats précités sont par nature « plus gras et plus chauds », ce pourquoi le seul consentement suffit. Jean Bart ramène même ces contrats consensuels à des contrats formels en réduisant la forme à son expression minimaliste par l'utilisation du verbe « promettre » dans l'acte².

En second lieu, indépendamment de l'émergence d'une notion de contrat, le terme « contrat » ne reçoit pas en droit romain l'univocité du sens que nous lui donnons aujourd'hui. Il reste un terme générique et flou renvoyant le plus souvent au *negotium contractum*, c'est-à-dire à l'affaire conclue. Messieurs Dumont³ et Deroussin⁴ exposent alors que « l'acception romaine du contrat mérite d'être rapprochée du sens originel *d'obligatio*... Le sens le plus ancien *d'obligatio* serait « l'acte qui lie ». Avant de signifier lien d'obligatorité, conséquence juridique d'un acte ou d'une situation, ce mot aurait désigné l'acte générateur de ce lien ». Monsieur Deroussin⁵ ajoute que le contrat n'est qu'une espèce d'obligation. Les deux concepts reçoivent les mêmes éléments dans leurs définitions, lien de droit, nécessité et prestation. Ceci correspond aux explications d'Ortolan d'après lequel « *Le nom de contrat (contractus) est réservé aux conventions spécialement reconnues comme obligatoires et munies d'une action par l'ancien droit civil Romain* »⁶.

427. Dès lors, puisqu'en droit romain les concepts de contrat et d'obligation sont fusionnés malgré l'admission de certains contrats consensuels, il apparaît inapproprié d'invoquer le droit romain au soutien de la thèse classique⁷. En effet, fusionner les concepts implique nécessairement qu'ils aient des dates identiques. Cela ne prouve pas réellement que les obligations contractuelles naissent à la date du contrat.

Il est couramment admis que la théorie des obligations s'est élaborée à Rome, dans le domaine des contrats et non dans celui des délits. Pothier s'est en effet fortement inspiré du droit romain pour les dispositions du Code qui concernent le droit des obligations. Il n'est dès lors rien d'étonnant à ce que cette confusion en droit romain des concepts de contrat et d'obligation se soit retrouvée dans le Code civil.

2/ La confusion des concepts dans le Code civil

¹ Ibid p. 471. Sous réserve des exceptions, ne sont donc pas obligatoires : l'échange et le partage n'ayant reçu aucun commencement d'exécution ou encore les promesses unilatérales de vente ou d'achat, les ouvertures de crédit.

² J. BART, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, 2^{ème} éd. p. 368.

³ F. DUMONT, « *Obligatio* », in *mélanges P. MAYLAN*, Lausanne, 1963, vol. 1, p. 79.

⁴ Article op. cit. p. 6 et 7.

⁵ Op. cit. p. 16.

⁶ ORTOLAN, *Explication historique des Institutes de l'empereur justinien*, 2^{ème} éd. par E. Bonnier, Paris 1876, LIII des Institutes, n°1203 p. 138.

⁷ Contra B. GRIMPONPREZ, th. op. cit.

428. La confusion entre le contrat et l'obligation est patente dans la lettre du Code civil. L'intitulé même du titre sur les contrats semble tenir pour identiques les termes « contrat » et « obligation » : « *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général* »¹. Le Code utilise la définition de l'obligation pour définir le contrat à l'art. 1101 : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire* ». Les dispositions sur l'objet font de même. En effet, l'intitulé de section ainsi que les deux premiers articles sur l'objet se réfèrent à l'objet « du contrat », tandis que les deux derniers articles disposent de l'objet « d'une obligation ».

429. La conscience de cette confusion ne date pas d'aujourd'hui en doctrine. Dès la moitié du XIX^{ème} siècle, Marcadé² accusait le Code civil de confondre les concepts de contrat et d'obligation. Demolombe³, Aubry et Rau⁴ ou encore Eugène Gaudement⁵ estiment quant à eux que le Code condenserait intentionnellement les définitions des deux concepts car le contrat constitue la source majeure d'obligations. À tout le moins le Code prête-t-il à confusion entre les deux notions. Demolombe remarquait ainsi que le procédé était malencontreux car il conduisait à insérer au sein d'un titre spécifique aux contrats des dispositions relevant de toutes les obligations, toutes sources confondues⁶.

430. L'ancienne fusion des concepts en droit romain contribue certes à expliquer la confusion au sein du Code civil car les rédacteurs se sont fortement inspirés du droit romain pour ce qui concerne la matière des obligations. Une différence majeure distingue cependant le Code civil du droit romain. Alors qu'en droit romain le principe était que le seul accord de volonté était insuffisant à faire naître des obligations, notre Code civil adopte quant à lui le principe contraire. Ce principe du consensualisme n'est en effet pas l'héritage du droit romain, mais celui du droit canon⁷.

Cette différence est majeure car le principe du consensualisme constitue le premier pas indispensable, incontournable pour pouvoir distinguer les concepts de contrat et d'obligation. Tant que le contrat et les obligations naissent du fait pur objectivement constatable, il est impossible de distinguer les concepts. Avec cette nature subjective et impalpable du contrat, l'accord de volonté, la rencontre des consentements, le contrat s'affranchit dans sa nature du simple fait. Il devient possible de le distinguer de l'obligation, de dissocier la source de ses effets, le contrat des obligations.

¹ Livre III, Titre III.

² V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^{ème} éd. 1849, T. IV n°378 : la critique de fondait sur le plan, l'intitulé du titre 3 du livre 3, et la formulation de l'art. 1101 du Code civil.

³ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, L. III, T. III, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 1877.

⁴ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, 6^{ème} éd. 1942 par Etienne BARTIN, Tome 4.

⁵ E. GAUDEMMENT, *Théorie générale des obligations*, p. 21.

⁶ Op. cit. p. 3.

⁷ Après la chute de l'Empire romain et les invasions barbares, le droit devint coutumier. Il nécessitait tout de même l'accomplissement de rites pour que les parties soient obligées. Allant vers la simplification, les rites devinrent paroles solennelles pour lesquelles le serment devant Dieu finit par être utilisé puis généralisé, d'où la compétence des Tribunaux ecclésiastiques et du droit canonique en matière de contrat. Or, puisque le mensonge est un péché, l'homme doit respecter sa parole donnée. C'est ainsi que naquirent les *adages* « *Solu consensus obligat* » (*Adages du droit français*, Litec, n°417, p. 839) et « *Pacta sunt servanda* » (n°308 p. 613) consacrés dans les Décrétales de Grégoire IX (I, XXXV, Pactis.). Réappropriés par la suite par le droit coutumier avec Loysel⁷, ces adages sont à l'origine du principe du consensualisme contraire au droit romain selon lequel la seule rencontre des consentements suffit à produire un contrat ayant force obligatoire.

431. Cependant, si l'élément nécessaire et indispensable à la dissociation des concepts est présent dans le Code civil, la dissociation n'est pas pour autant pleinement opérée. Le contrat remplace les anciens rites en tant que fait générateur d'obligations, ce qui montre l'influence persistante du droit romain. Bien que le contrat ne soit plus par nature un fait purement matériel, la remise d'une chose ou l'accomplissement de rites, c'est toujours en tant que fait qu'il est perçu quant à son rôle dans la genèse des obligations, un fait créateur d'obligations.

Ainsi, si la dissociation conceptuelle est acquise avec le Code civil, le contrat n'a cependant pas suffisamment évolué dans sa nature pour pouvoir s'accompagner d'une dissociation temporelle. Réduit à un fait générateur d'obligations, il constitue encore nécessairement la date de naissance des créances contractuelles.

Une étape reste en réalité à franchir pour permettre une dissociation temporelle, l'approfondissement de la réflexion sur cette notion faisant évoluer sa nature vers une norme juridique susceptible de prévoir, à l'image de la loi, des faits futurs qui seront générateurs d'obligations s'ils se produisent. Cette étape n'a pas été franchie lors de la rédaction du Code civil. Elle ne le sera que plus tard grâce à la réflexion de la doctrine sur la notion de contrat. Ce n'est qu'alors qu'il sera possible de concevoir que les obligations contractuelles puissent naître à une date postérieure à celle du contrat.

D'ailleurs, la confusion des concepts relevée dans le Code civil ne se retrouve plus dans les récents projets de réforme. L'avant-projet CATALA et le projet de réforme du Ministère de la justice explicitent la différenciation des concepts en renommant le titre III « obligations » et en commençant par un chapitre préliminaire « sources des obligations » qui présente les différentes sources d'obligations. La proposition de réforme sous la direction de François Terré fait quant à elle remonter l'intitulé « Des obligations » au niveau du livre III, chacun des titres étant destinés aux différentes sources d'obligations, en premier lieu le contrat. La définition du contrat proposée à l'article 7 ne répète pas l'amalgame de l'actuel Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes établissent ou suppriment entre elles un rapport de droit* ». La définition n'utilise même pas le terme « obligation ». Le contrat n'est plus réduit à un simple « *fait générateur d'obligations* ».

432. Pour ces raisons, invoquer la lettre du Code civil au soutien de la thèse classique apparaît tout aussi inopérant que d'invoquer le droit romain. Si le Code civil prête à confusion entre les concepts d'obligation et de contrat, il prête nécessairement à confusion entre la date de naissance de la créance et la date du contrat. Il a été vu que les partisans de la thèse classique arguaient de l'utilisation du verbe obliger dans les définitions qu'adopte le Code civil du contrat en général ainsi qu'un certain nombre de contrat spéciaux. Mais c'est précisément ces définitions qui sont symptomatiques d'une confusion des notions dans le Code puisque celui-ci définit le contrat par la définition des obligations qui en sont issues. Au surplus, le verbe obliger n'équivaut pas au substantif obligation, les deux mots

étant apparus à des dates différentes, le verbe *obligare* ayant été utilisé bien avant le substantif *obligatio*¹.

Les concepts de contrat et d'obligation sont clairement dissociés en droit positif. L'autonomie des concepts est évidente à l'observation du droit positif. D'abord, un contrat peut être cédé sans que les créances nées à son occasion ne le suivent. Tel était le cas dans un arrêt du 25 février 2004² où, malgré la cession du contrat de bail inhérente à toute cession de l'immeuble loué, la dette de restitution du dépôt de garantie n'avait pas suivi. Le preneur ne pouvait dès lors en demander la restitution qu'au bailleur originaire à l'exclusion du nouveau propriétaire de l'immeuble. Ensuite, les créances nées à l'occasion du contrat survivent à l'extinction de ce dernier. Ainsi, le contrat d'agent commercial, contrat intuitu personae, cesse avec le changement de la personne de l'agent, il n'est pas transmis, mais les créances de commissions et d'indemnité nées à l'occasion de l'exécution de ce contrat et avant sa rupture par changement de personne sont transmises quant à elles³. Enfin, lorsque les deux subsistent, mais se trouvent séparées par exemple par le biais d'une cession de créance, alors les clauses contractuelles ne suivent pas la créance cédée dans le patrimoine du cessionnaire. Il a ainsi été jugé que la clause du contrat qui interdit la cession de la créance de prix sans l'accord préalable du débiteur cédé était inopposable au banquier cessionnaire⁴.

Malgré la confusion qu'il opère, la distinction des concepts peut se retrouver dans le Code civil. Ainsi, l'art. 2294 du Code civil (anc. art. 2017) dispose que « *les engagements des cautions passent à leurs héritiers... si l'engagement était tel que la caution y fût obligée* », et reconnaît donc incidemment que la caution peut être engagée, que le contrat de cautionnement peut d'ores et déjà exister, sans pour autant que la caution soit obligée, sans pour autant qu'elle ne soit encore débitrice d'une obligation. Cela montre bien que la dette de la caution peut naître après la date du contrat de cautionnement.

C'est là aborder le problème que pose l'aspect dogmatique qu'a fini par recouvrir la thèse classique. Un dogme ne supporte pas d'exception. Or, les créances ne naissent pas toujours au jour du contrat. Nier aveuglément cette réalité mène à des dérives qu'il convient de mettre en évidence pour justifier la remise en cause de l'aspect dogmatique de la thèse classique et le renouvellement de l'analyse la concernant.

§ 2 : Critique du dogme

433. Un dogme se passant d'explication ne peut s'articuler avec des exceptions, car si le principe se passe d'explication, a fortiori des exceptions ne sauraient s'expliquer. Comme tout dogme, celui de la naissance des créances au jour du contrat ne supporte aucune exception. Le droit positif contredit

¹ P. PICHONNAZ, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, 2008, n°1494.

² Civ. 25 fév. 2004 n°02-16589, P.

³ Com. 7 juin 2006 n°05-11384, P, D. 2006 p. 1685 A. LIENHARD, RTD civ. 2006 p. 764 J. MESTRE et B. FAGES : suite à la rupture du contrat d'agence commerciale, l'agent, une EURL, avait fait l'objet d'une dissolution sans liquidation avec transmission universelle de son patrimoine à l'associé unique ; le mandant excipait du caractère intuitu personae du contrat d'agence pour refuser à l'ancien associé unique qui agissait en son nom propre pour demander le paiement d'un reliquat de commissions ainsi que de l'indemnité de cessation de contrat ; l'argument n'est pas reçu par la Cour car, malgré la cessation du contrat et son caractère intuitu personae, les créances de commission et d'indemnité avaient été transmises à l'associé unique.

⁴ Com. 21 nov. 2000, n°97-16874, P.

pourtant cet état car il est des créances contractuelles qui de toute évidence ne naissent pas au jour du contrat sans que cela ne soit sujet à discussion.

Plus grave, l'application irréfléchie du dogme a fini par induire la jurisprudence en erreur. L'habitude du dogme a conduit les magistrats à fixer la naissance de certaines créances au jour du contrat alors que de toute évidence elles ne naissent pas à cette date, mais plus vraisemblablement à la date d'un événement postérieur.

Si l'intolérance aux exceptions constitue la déviance d'ordre théorique qui vicie la thèse classique dans son aspect dogmatique (A), la perturbation du droit positif engendre quant à elle des conséquences bien concrètes en générant des solutions contestables voire arbitraires (B).

A. Les exceptions non tolérées

434. L'exception s'articule avec le principe par l'explication cohérente et logique qui en est faite. En l'absence d'explication, il ne s'agit pas d'une simple exception au principe, mais d'une contradiction de celui-ci, de sa négation. Un dogme ne peut supporter d'exceptions car il se dispense de toute explication. Comment expliquer des exceptions lorsque le principe lui-même ne s'explique pas mais est tenu pour acquis ? Le caractère dogmatique de la thèse classique précédemment mis en relief suffit à pour corollaire l'absence d'exception.

Il est cependant intéressant d'aller plus loin que le simple constat du dogme et de rechercher dans les écrits des auteurs classiques ce qu'il en est quant à la présence d'éventuelles exceptions. Si ces auteurs ne sont pas toujours aussi radicaux que l'impliquerait la nature d'un dogme de la thèse qu'ils défendent, le fait est que les exceptions, lorsqu'elles sont abordées, semblent constituer une gêne provoquant comme réaction leur réduction autant que faire se peut, leur occultation.

Il importe de relever dès à présent que les exceptions doivent être distinguées des négations de la thèse classique. La thèse matérialiste consacrée ne constituerait pas une exception de la thèse classique qui s'articulerait avec elle, d'abord parce que l'exception surpasserait de loin la règle en nombre, ensuite parce que l'exception n'aurait en réalité pas d'explication, enfin parce que ces hypothèses ne sont pas incontestables, mais au contraire controversées. Mettre en évidence l'existence d'exception à la naissance des créances contractuelles renie l'aspect dogmatique de cette thèse. Mais ces exceptions ne résident pas dans les thèses matérialiste ou périodique de la créance de prix.

Les exceptions sont contradictoires de la nature d'un dogme. Or, la doctrine partisane de la thèse classique tend à occulter l'existence d'exceptions lorsqu'elle ne les ignore pas complètement (1), alors pourtant que ces exceptions existent de façon incontestable (2), qu'il est des créances contractuelles qui ne naissent pas au jour de la formation du contrat.

1/ La dérive doctrinale

435. Aborder l'existence d'exceptions nécessite d'atteindre un certain degré de développement sur la date de naissance des créances contractuelles, ce pour quoi les développements se cantonneront aux auteurs classiques cités jusqu'à présent. Pour la même raison une césure s'impose entre Emmanuel Putman et les auteurs l'ayant suivi par la suite. M. Putman a effectué une œuvre titanesque sur la formation des créances, tandis que les auteurs l'ayant suivi n'ont traité le sujet qu'au sein d'articles de moindre ampleur ou de façon incidente dans leurs thèses et n'ont pas pu donner aux exceptions du principe de naissance au jour du contrat toute l'attention qu'elles méritent.

C'est déjà admettre que les auteurs classiques traitent d'une certaine façon d'exceptions à la naissance au jour du contrat des créances contractuelles, ce qui ne coïncide certes pas avec le caractère dogmatique que nous avons dégagé pour la thèse classique, caractère qui ne tolère aucune exception. C'est qu'en réalité cela laisse déjà présager que ce n'est pas l'idée véhiculée par la thèse classique qui serait à remettre en cause, le principe d'une naissance au jour du contrat, mais uniquement son aspect dogmatique actuel, son absence de fondement et d'explication et son intolérance aux exceptions.

Toutefois, bien que ces auteurs abordent certaines exceptions à la thèse qu'ils soutiennent, ils tendent tous à en occulter la portée, voire même à les inhiber. Or, cette tendance à occulter l'existence d'exceptions pourtant énoncées correspond quant à elle parfaitement aux travers d'un dogme : afin de préserver le dogme, on tente d'en gommer les manifestations contradictoires, d'en gommer les exceptions, car un dogme ne supporte aucune exception. Plutôt que d'être réduites, diminuées ou inhibées par des artifices, ces exceptions devraient être consacrées et expliquées de façon naturelle et systémique.

Ainsi, après avoir rappelé les exceptions énoncées par Emmanuel Putman tout en mettant en évidence leur caractère occulté (a), il convient d'exposer la position plus catégorique des autres partisans de la thèse classique d'une naissance des créances au jour du contrat (b).

a) Emmanuel Putman

Emmanuel Putman¹ entend démontrer que « *c'est la conclusion du contrat qui est le fait générateur des créances* »². L'auteur conçoit malgré tout l'existence d'exceptions (1°). Mais celles-ci se retrouvent noyées dans la masse. Énoncées à titre incident, elles sont ensuite noyées à titre principal dans le concept de créance en germe (2°). Ceci explique peut-être que les auteurs se référant à Emmanuel Putman ne reprennent pas les exceptions énoncées par celui-ci.

1° - L'énonciation des exceptions à titre seulement incident :

¹ E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. 1987.

² Ibid n°168.

436. Emmanuel Putman énonce explicitement que « *le principe de naissance à la date du contrat reçoit des exceptions, justifiées par la nature des choses, les usages ou la volonté des parties* »¹. Regroupant ces « *exceptions naturelles* »² sous le vocable d'obligations à « *caractère incertain, éventuel ou conditionnel* »³, l'auteur énumère au titre de ces exceptions la créance aléatoire ainsi que la créance conditionnelle. Et en guise d'illustration de créances conditionnelles déduites de l'espèce, des caractéristiques de la convention ou des usages, il fournit deux exemples jurisprudentiels, la créance en germe du médecin au titre d'une convention de tiers payant passée avec la Caisse Primaire de Sécurité Sociale ainsi que la créance de commission des intermédiaires.

La qualification de « *principe* » qu'utilise l'auteur pour désigner la naissance au jour du contrat laissait déjà supposer l'existence éventuelle d'exceptions. Il a cependant été vu que les arguments invoqués au soutien du principe ne constituent ni des fondements réels ni des arguments suffisants pour justifier la thèse classique, d'où la nature d'un dogme.

L'énonciation précitée des exceptions se trouve reléguée à une position tout à fait incidente. Elle ne se retrouve pas à l'échelle du plan. Dans sa section sur la naissance des obligations contractuelles, l'auteur n'oppose pas le 1^{er} paragraphe d'un principe de naissance au jour du contrat à ses exceptions. Le 2nd paragraphe est consacré à la mise en œuvre du principe et focalise sur le noyau dur de résistance qui ne constitue pas une exception au principe, mais une véritable négation de celui-ci, négation qui ne s'explique pour l'instant que par le concept de fiction juridique.

Ce n'est qu'en **conclusion de section que les exceptions véritables sont énoncées**. Surtout, c'est uniquement à cet endroit qu'elles sont **présentées comme telles**. L'auteur procède pour leur étude plus approfondie à un renvoi au sous-titre II. Mais cette méthode du renvoi recèle un inconvénient du point de vue de la date de naissance des créances car la problématique étudiée dans le sous-titre II n'est plus la même. C'est ainsi que les exceptions précédemment affirmées à titre incident se trouvent par la suite contredites à titre principal dans leur nature d'exceptions réelles au principe défendu.

2° - Des exceptions noyées à titre principal dans la créance en germe :

437. Le sous-titre II auquel il est renvoyé pour l'étude plus approfondie des exceptions précédemment explicitées ne traite plus du fait générateur des créances, mais des événements affectant la naissance des créances. Ce changement de focale inhibe les exceptions qui avaient pourtant été explicitées. Les développements de ce 2^{ème} sous-titre reviennent en effet à nier l'existence d'exceptions au principe de naissance des créances au jour du contrat, négation qui se trouve confirmée par la suite dans le 2^{ème} titre de cette 1^{ère} partie.

Deux éléments aboutissent à cette négation implicite mais certaine des exceptions au principe de naissance au jour du contrat qui avaient pourtant été énoncées par l'auteur.

¹ Ibid n°240.

² Ibid n°245.

³ Ibid. n°244.

438. En premier lieu, le **changement de focale** opéré provoque cet effet. Dans ce second sous-titre, il n'est plus question du principe de naissance au jour du contrat avec comme problématique la date de naissance de la créance contractuelle. Le sujet a glissé vers l'étude de créances à formation progressive¹. De l'étude de la naissance des créances dans le temps, on est passé à l'étude du temps dans la formation des créances. De l'étude d'une date, on passe à l'étude d'un phénomène, la formation progressive. Se trouve au passage abandonnée la problématique de datation de la naissance des créances contractuelles. Au fil de ce second titre sur la formation progressive des créances, les inférences de ce phénomène sur la date exacte de naissance de la créance ne sont pas abordées ; celle-ci se trouve pour ainsi dire oubliée.

439. En second lieu l'apparition dans les développements du concept de **germe de créance** vient littéralement effacer les exceptions qui avaient été envisagées à la naissance au jour du contrat.

Les événements étudiés dans ce second sous-titre peuvent être réduits à deux, l'aléa et la condition suspensive car les deux autres étudiés constituent à notre sens de pures abstractions doctrinales².

Pour Monsieur Putman, tant l'aléa que la condition suspensive peuvent être regroupés sous le vocable de « *germe de créance* ». Or ce germe de créance serait un droit à l'existence actuelle, d'où la négation du caractère futur de la créance qui n'est qu'en germe, la négation des exceptions au principe de naissance au jour du contrat. Le germe n'est en effet plus présenté comme une créance future, mais comme une créance actuelle, une « *modalité* »³ de la créance qui se rapprocherait fortement, pour ne pas dire dangereusement, du terme.

Ce glissement commence par l'affirmation de la valeur patrimoniale du droit conditionnel⁴ et donc du germe de créance⁵. En effet, seules les créances nées font partie du patrimoine du créancier. En affirmant que le germe a une valeur patrimoniale, Emmanuel Putman affirme que le germe fait partie du patrimoine du créancier, donc que la créance en germe est née. Ce n'est cependant d'après nous

¹ Th. op. cit. n°323 : « *L'objet de notre recherche, à ce point de nos développements, est d'analyser les droits à naissance progressive... Ces droits ont tout de même un commencement de manifestation, ils produisent déjà quelques effets* ». Ces « droits » qui produisent déjà effet existent donc déjà ; de là à assimiler ces droits à la créance en question pour au final dire qu'elle existe mais revêt une nature particulière, il n'y a qu'un pas...

² L'auteur traite également de l'anticipation et du droit éventuel. Mais l'anticipation procède d'après nous d'un courant doctrinal marginal jamais consacré. La théorie du droit éventuel méritait certes beaucoup plus d'attention, ce pourquoi Emmanuel Putman y consacre tout un chapitre, mais il suffit de relever l'opinion générale de l'auteur sur le sujet pour ne pas en faire davantage état à cet endroit : « *l'imprécision domine. De cette imprécision, le droit éventuel n'est d'ailleurs jamais vraiment sorti. Pour en cerner les contours, il faut, il est vrai, déployer beaucoup de temps et d'énergie pour un résultat en fin de compte bien décevant* ».

³ E. PUTMAN, th. op. cit. n°333.

⁴ Ibid n°338. Les arguments relevés pour affirmer cette valeur patrimoniale ne sont d'après nous pas significatifs et procèdent davantage d'une confusion entre le contrat et l'obligation, entre la source et ses effets. La cession à cause de mort s'explique par la continuation du de jure en la personne de l'héritier qui prend sa place. La cession entre vif s'explique par la cessibilité d'une créance future, peu importe la notion de germe, pourvu qu'elle soit identifiée conformément aux exigences propres à l'objet d'un contrat, d'une obligation (art. 1101 et 1129 du Code civil). Quant au conflit de lois dans le temps, il se règle par la date du contrat, acte de prévision, la date de naissance de la créance étant étrangère à la question. Reste en réalité uniquement la saisie d'une créance conditionnelle consacrée par la Loi de 1991, due d'après nous à une confusion par le législateur moderne entre les créances conditionnelles et à terme, le législateur ayant oublié, d'une part qu'une créance conditionnelle n'est pas encore née contrairement à une créance à terme, d'autre part et peut-être qu'on ne peut saisir une créance future qui n'existe pas encore contrairement à la cession qui peut porter sur un objet futur (art. 1130 du Code civil) ou aux sûretés qui peuvent garantir une créance future.

⁵ Ibid n°333 : « *c'est un droit embryonnaire, un germe de droit* ».

pas le germe de créance qui présente une valeur patrimoniale à ce stade, mais le contrat lui-même¹ qui, contrairement à la créance future, existe déjà quant à lui.

Ce glissement se trouve achevé et conforté dans le second titre qui, bien que consacré aux incidences de la naissance des créances, incorpore les incidences de l'existence d'un germe. Ce n'est plus le germe d'une créance qui n'existe pas encore dont il est question, mais bien la créance qui existe déjà, mais dont le qualificatif de germe ne constitue qu'une modalité. Emmanuel Putman affirme très explicitement à plusieurs reprises que la créance en germe (aléatoire ou conditionnelle) n'est pas une créance future : « *la créance éventuelle ou conditionnelle n'était pas future mais existait en germe* »². Or, s'il ne s'agit pas d'une créance future, c'est bien qu'il s'agit a contrario d'une créance présente, d'ores et déjà née. Sans véritablement le vouloir, l'auteur préserve ainsi le dogme d'une naissance systématique au jour du contrat en transformant les cas de créance à naissance future en créance à naissance antérieure au jour du contrat.

440. Cela s'explique par **la largeur du sujet affronté par Monsieur Putman**. L'auteur ne se cantonne pas comme dans la présente étude à étudier la seule date de naissance de la créance. Il englobe dans son étude les phases antérieures et postérieures à cette naissance, si bien que **la précision quant à la date exacte de naissance de la créance se retrouve naturellement diluée**. Ce que Monsieur Putman étudie, ce sont les **différents stades de formation et d'évolution** de la créance, allant de sa gestation jusqu'à sa perfection. La date de naissance stricto sensu s'en trouve parfois noyée, mais qu'importe puisque ce n'est pas elle le sujet principal d'étude de l'auteur.

Tel n'est pas notre cas. Pour cette raison, il importe ici de relever les effets d'optique que génère l'ouvrage de Monsieur Putman à l'égard du présent sujet de recherche, la date de naissance des créances. Bien que des exceptions soient clairement énoncées, elles ne le sont que dans des propos conclusifs et ne sont par la suite plus présentées comme telles dans les passages où il est renvoyé pour leur étude. Grâce au concept de créance en germe, la naissance postérieure de ces créances se retrouve anticipée au jour du contrat ; le dogme est ainsi sauvegardé.

b) Les auteurs ayant suivi Emmanuel Putman

441. D'après Benoît Grimonprez, Emmanuel Putman aurait démontré que « *la date de naissance des obligations contractuelles coïncidait systématiquement avec celle du contrat* »³. Monsieur

¹ P.-Y. QUIVIGER, « Le contrat comme lien et comme bien, Sur le contrat en droit romain selon Michel VILLEY », in *Repenser le contrat*, Dalloz 2009.

² Ibid n°450.

Ibid n°445 : « *La cession d'une indemnité d'assurance, avant tout sinistre mais après la conclusion du contrat d'assurance n'est pas une cession de créance future, car la créance "aléatoire" d'indemnité se rapproche d'une créance éventuelle ou conditionnelle qui a, au moins son germe dans un contrat actuel et complet, le contrat d'assurance* ». Si ce n'est pas une cession de créance future, c'est bien que la cession d'un germe est une cession de créance présente.

Ibid n°448 : « *L'important est ici de relever que la cession de ces droits, qui, au minimum, ont un commencement d'existence, est généralement admise. À l'inverse, la cession de créances véritablement futures est généralement rejetée* ». Si la cession d'un germe n'est pas une véritable créance future, c'est bien qu'il s'agit d'une véritable créance présente, actuelle.

Ibid n°456 : « *créances que, selon les positions théoriques, on considérera comme un germe ou plus exactement à terme, mais certainement pas futures* ».

³ B. GRIMONPREZ, th. op. cit. n°44.

Grimonprez finit par admettre une exception expressément prévue par la Loi, l'obligation sous condition suspensive. Mais il souligne ensuite qu'aucune autre exception ne saurait être admise¹, même tirée de la nature de la créance ou de la volonté des parties qui auraient stipulé expressément en ce sens².

Nicolas Thomassin³ consacre tout son article sur la date de naissance des créances contractuelles à démontrer que « *la créance contractuelle ... n'a donc pas d'autre date de naissance que celle de la conclusion du contrat* » et que les manifestations apparemment contraires en droit positif ne sont que des « *mirages* »⁴.

Stéphane Torck⁵ est quant à lui moins explicite que ses deux confrères. L'auteur consacre cependant son article à démontrer que les créances contractuelles naissent toutes de façon synchronique au jour de la formation du contrat. Il n'admet que l'exception de l'obligation conditionnelle, exception qu'il atténue toutefois immédiatement en la classant parmi les obligations qui se forment exceptionnellement de façon progressive, donnant d'abord lieu à un germe de créance avant d'aboutir sur une véritable créance⁶.

2/ La contradiction du droit positif

442. Emmanuel Putman relevait parmi les exceptions l'aléa et la condition (a). D'autres exemples peuvent être cités sans toutefois prétendre à l'exhaustivité (b). Leur existence suffit à montrer le caractère erroné de l'aspect dogmatique de la thèse classique, car un dogme ne supporte pas l'existence d'exceptions.

a) Les obligations conditionnelles et aléatoires

443. Emmanuel Putman citait les obligations conditionnelles (1°) et aléatoires (2°) comme exemples d'exceptions s'articulant avec le principe qu'il explicitait d'une naissance des créances contractuelles au jour de la formation du contrat.

1° - L'obligation conditionnelle :

¹ Ibid n°47.

² Ibid n°46.

³ N. THOMASSIN, article op. cit. n°18.

⁴ Ibid. n°19.

⁵ S. TORCK, article op. cit.

⁶ Ibid. n°11.

444. L'obligation sous condition suspensive ne naît pas du contrat qui la prévoit¹, mais de la survenance de la condition, de l'événement dont le contrat la fait dépendre. Ceci résulte de l'article 1168 du Code civil qui définit l'obligation conditionnelle et qui énonce clairement que c'est l'obligation elle-même qui dépend de la survenance de l'événement. Ceci résulte également a contrario de la définition du terme suspensif énoncée à l'article 1185 qui oppose clairement le terme à la condition : « *Le terme diffère de la condition, en ce qu'il ne suspend point l'engagement, dont il retarde seulement l'exécution* ». A contrario, la condition suspend donc l'engagement, l'obligation. Il est intéressant d'approfondir dès à présent la réflexion quant à la condition suspensive. Cela pourra présenter une utilité pour les développements à venir quant au fondement réel de la thèse classique et quant au visage réel des exceptions qui s'articulent avec elle².

445. L'obligation est un pari sur l'avenir. Il n'est jamais certain qu'elle sera effectivement exécutée malgré la sanction du droit. Avec la condition, ce n'est pas seulement l'exécution future qui n'est pas certaine, c'est le fait même de devoir exécuter. C'est sans doute pour cette raison que l'habitude fut prise d'exiger une **créance « certaine »**. S'il est certain que la personne sera obligée, alors la créance existe déjà, sinon elle n'existe pas encore.

À cet égard, il convient de prendre garde de ne pas confondre cette certitude avec la liquidité ou l'exigibilité auxquelles elle est fréquemment accolée, « *une créance certaine, liquide et exigible* ». Alors que liquidité et exigibilité constituent des états d'une créance existante, la certitude s'identifie au contraire à l'existence même de la créance.

Pour ces raisons, le critère de distinction entre les obligations à terme ou conditionnelles réside dans la certitude quant à la survenance de l'événement dont elles dépendent. S'il est certain que l'événement se produira, alors il ne s'agit pas d'une condition suspendant la naissance de la créance, mais d'un terme suspendant sa seule exigibilité, ce nonobstant la qualification adoptée par les parties³. Il y a lieu à cet égard de ne pas confondre l'événement incertain du terme qualifié d'incertain. Le terme incertain est un événement dont il est d'ores et déjà certain qu'il se produira, mais dont la date précise n'est pas encore connue, par exemple le décès d'une personne. Au contraire, l'événement incertain n'est pas sûr de se produire. Or, la condition suspensive dépend d'un événement incertain ainsi qu'en dispose l'article 1181 du Code civil.

446. Quittant la nature pour se porter sur le régime de la condition, l'impossibilité d'effectuer le paiement d'une créance pendant conditionne ainsi que le caractère indu⁴ d'un éventuel paiement prouvent clairement que la condition suspend la naissance même de la créance, qu'avant sa survenance la créance n'existe pas encore. Même le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir paiement par le biais des offres réelles ainsi qu'en dispose le 5° de l'article 1258 du Code civil.

¹ Y. BUFFELAN-LANORE, « Condition », *Rép. Dalloz civil*, oct. 2008, n° 82 et s., sur la situation pendente conditionne : « ...l'obligation n'existe pas encore ... l'obligation n'est pas encore née ».

² Cf. infra.

³ POTHIER, *traité des obligations*, p. 210 : « Il faut que la condition soit d'une chose qui peut arriver ou ne pas arriver. La condition d'une chose qui arrivera certainement, n'est pas proprement une condition, et ne suspend pas l'obligation ; mais elle en diffère seulement l'exigibilité, et n'équipolle qu'à un terme de paiement ».

⁴ Y. BUFFELAN-LANORE, op. cit. n°84.

Pothier était limpide sur la nature et les effets de la condition, jusqu'à la survenance de l'événement, « *il n'est encore rien dû ; mais il y a seulement espérance qu'il sera dû... Celui qui a promis sous condition **n'est pas débiteur** jusqu'à l'échéance de la condition* »¹. S'il n'est pas débiteur, c'est bien que la créance n'est pas encore née avant la réalisation de la condition.

2° - L'obligation aléatoire :

447. L'article 1104 du Code civil définit le contrat aléatoire par opposition au contrat commutatif. Il s'agit du contrat dans lequel les parties choisissent d'encourir le risque de perte ou la chance d'un gain en fonction d'un événement incertain. À la tête du titre sur les contrats aléatoires, l'art. 1964 du Code civil reprend quasiment la même définition. L'article énonce quelques exemples de contrats aléatoires, dont les jeux et paris, l'assurance ou encore la rente viagère.

La définition du contrat aléatoire demeure pourtant incertaine². Sous l'angle de la naissance des créances, Emmanuel Putman conclut sur une fine analyse que l'aléa n'est pas nécessairement un obstacle à la naissance de la créance. Ceci signifie que la qualification de contrat aléatoire n'implique pas forcément une naissance d'une ou de créances postérieure au contrat. De ce constat implique ici la nécessité d'approfondir l'analyse pour tenter d'identifier quand le contrat aléatoire implique une naissance retardée de la créance.

448. La clé du problème réside dans l'incertitude de la survenance de l'événement pour l'obligation conditionnelle et le rôle de cet événement quant à l'obligation qui en dépend. Messieurs Terré, Simler et Lequette font en effet remarquer que l'événement en question peut varier de deux façons, dans sa date de survenance ou bien dans sa survenance elle-même.

Appliquant le critère de certitude développé à propos de la condition, si seule la date est inconnue mais qu'il est certain que l'événement se produira, alors l'obligation existe dès avant sa survenance, elle est certaine dans son existence. Dans cette hypothèse, l'aléa réside dans l'objet de l'obligation qui variera en fonction de la date de survenance de l'événement. Tel est le cas de la rente viagère pour laquelle Jacques Ghestin remarque que c'est « *l'objet de la prestation* »³ que va façonner la survenance de l'événement.

Par contre, si c'est la survenance de l'événement qui est incertaine et non pas seulement sa date, alors l'obligation n'existe pas encore car il n'est pas certain que le fait dont elle dépend se produise. Tel est le cas du contrat d'assurance dommage. Il est certain que les primes devront être payées, la dette de prime naît dès le jour du contrat. Mais la dette d'indemnisation dépend de la survenance d'un sinistre ; si celui-ci ne survient pas, elle ne naît pas. L'indemnité d'assurance naît donc au jour postérieur de la survenance du sinistre et non pas au jour du contrat d'assurance.

Les propos de Jean Bigot sur l'aléa dans le contrat d'assurance achèvent d'éclaircir la question : « *l'obligation de règlement de l'assureur ... est soumise soit à une condition suspensive (la*

¹ POTHIER, op. cit. p. 210.

² Jacques GHESTIN, *La formation du contrat*, traité LGDJ op. cit., p. 779.

³ Ibid n°778.

survenance de l'événement) soit à un terme incertain ». Autrement dit, lorsque l'incertitude porte sur la survenance de l'événement, le cas s'assimile pour ainsi dire à une condition suspensive et l'obligation qui en dépend se trouve retardée dans sa naissance même au jour de l'événement. Mais lorsque l'incertitude porte sur la date de l'événement uniquement, sa survenance étant quant à elle certaine, il s'agit d'un terme incertain qui fait varier l'objet de l'obligation en fonction de la date de sa date de survenance, mais qui ne repousse pas la naissance de la créance au jour de l'événement, la créance étant bien née dès le jour du contrat.

449. La ventilation des contrats aléatoires entre les mécanismes du terme et de la condition n'est pas sans rappeler la structure du Code civil qui traite de ces deux modalités d'obligations. Le rapprochement avec la condition suspensive n'a d'ailleurs pas échappé à Monsieur Putman qui relève que la créance aléatoire dans sa naissance *« a une physionomie originale mais proche tout de même de la condition »*. À l'aune de ces rapprochements, il est d'ores et déjà possible de pressentir que toute obligation naissant à une date postérieure au contrat se rapproche nécessairement de l'obligation conditionnelle car en réalité, si ce n'est pas le contrat qui fait naître l'obligation en question, il faut bien un fait générateur pour engendrer sa naissance, soit un fait qui conditionne la naissance de l'obligation. Cette optique changerait la vision de la condition suspensive. Elle se heurte toutefois au régime particulier de cette dernière, plus particulièrement à l'effet rétroactif de la condition. Mais on sait que la nature, la portée et même le bien-fondé de cette rétroactivité sont des questions controversées, si bien que l'obstacle n'est peut-être pas insurmontable et qu'il y a sans doute matière à réflexion.

b) Les autres obligations nées après la formation du contrat

450. Des obligations peuvent naître au cours de la vie du contrat (1°), mais il en est qui peuvent même naître lors de son extinction (2°). Dans tous les cas, le dogme d'une naissance systématique au jour du contrat s'en trouve renié.

1° - Naissance au cours de la vie du contrat :

451. Il est deux exemples où il n'est pas contesté que les créances naissent après la formation du contrat et non pas au jour de cette formation.

La dette de la caution dans le cautionnement omnibus de dettes futures :

452. La thèse de Christian Mouly sur les causes d'extinction du cautionnement a introduit dans notre droit positif la distinction entre obligations de couverture et de règlement. Cette distinction ne présente d'utilité que dans le cas du cautionnement omnibus de dettes futures, l'exemple topique étant celui de dirigeants cautionnant toutes dettes qui pourraient survenir entre leur entreprise et sa

banque. L'obligation de couverture naîtrait au jour du contrat et serait une obligation intuitu personae à exécution successive s'éteignant par le décès ou le changement de protagoniste. L'obligation de règlement serait quant à elle à exécution instantanée et ne naîtrait qu'au jour où naissent les obligations principales cautionnées.

Si la nature de l'obligation de couverture peut faire l'objet de critiques, absolument personne ne remet en cause la naissance postérieure au contrat de cautionnement des obligations de règlement dont la nature de véritables créances n'est pas non plus contestée. Il s'agit bien d'un exemple incontesté de créances qui naissent à une date postérieure à leur source contractuelle, soit après le contrat de caution, au jour où naissent les obligations principales cautionnées.

Les créances incidentes dans un contrat synallagmatique imparfait :

453. Les contrats synallagmatiques imparfaits sont *ab initio* des contrats unilatéraux ne présentant d'obligation qu'à la charge d'une seule partie. Ils ne deviennent synallagmatiques qu'en cours d'exécution par la naissance d'obligations en sens inverse¹.

La controverse les concernant consiste à se demander s'il faut leur appliquer le régime des contrats synallagmatiques, tout spécialement quant à la l'exception d'inexécution et la résolution pour inexécution². L'existence³ et l'objet⁴ de cette controverse montrent qu'il est par contre incontesté que les créances ne sont pas toutes nées au jour du contrat, qu'il en est qui naissent après sa formation.

Les exemples topiques sont les contrats unilatéraux de mandat et de dépôt. Les frais engagés par le mandataire dans l'accomplissement de sa mission⁵ ou par le dépositaire pour la conservation de la chose donnent naissance à leur profit à des créances de remboursement. Ces créances naissent au moment où les frais sont déboursés par les cocontractants car il ne peut y avoir remboursement d'une somme qui n'a pas été déboursée. D'ailleurs, le critère de certitude s'emboîte ici parfaitement. Tant que les frais n'ont pas été payés⁶ par le mandataire, il n'est pas sûr qu'ils le seront. Il est possible qu'aucun frais ne soit engagé pour l'exercice de la mission. Or, cette incertitude au jour du contrat est incompatible avec l'existence d'une créance⁷.

¹ Christian LARROUMET, Effets du contrat, traité Economica, n°202.

² TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n°66, les auteurs exposent, parmi les arguments contre l'application du régime des contrats synallagmatiques que la réciprocité fait défaut pour la raison qu'au moment de la conclusion du contrat toutes les créances ne sont pas nées, « *les obligations d'une des parties – le dépositaire, le mandataire – naissant, de par la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat, celle de l'autre partie – le déposant, le mandant – naissant, en dehors de la volonté des parties, en cours d'exécution du contrat* ». Autrement dit, la diachronie des naissances ferait obstacle à la réciprocité, à l'interdépendance des obligations nécessaires pour appliquer le régime envisagé.

³ Si toutes les créances étaient nées au jour du contrat, celui-ci serait bilatéral et non plus unilatéral, il n'y aurait alors plus de controverse, serait applicable le régime des contrats synallagmatiques.

⁴ La controverse ne touche pas l'intégralité du régime de ces contrats, mais seulement une partie. Quant à la formation, le régime reste celui des contrats unilatéraux, ce qui montre qu'il n'y a bien qu'une créance à ce stade. Ainsi, la formalité du double exemplaire n'est pas de mise quoi qu'il en soit. Seuls les effets du contrat, son régime au stade de l'exécution sont en cause, soit après la naissance des obligations en sens inverse.

⁵ Art. 1999 du Code civil : « *Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a fait pour l'exécution du mandat...* ».

⁶ Req. 1^{er} juillet 1856, DP 1856, 1, 464 : le mandataire qui éteint une dette du mandant en payant une somme inférieure au montant nominal de la dette ne peut attendre du mandant que le remboursement du montant déboursé et non pas du montant nominal de la dette ; tout au mieux, si la différence était malgré tout perçue, elle pourrait être requalifiée en rémunération soumise au pouvoir modérateur du juge en cas d'excès.

⁷ Encore très explicite quant à la date de naissance de la créance, TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, n°66

D'autre part, les créances objets de la controverse précitée ne sont pas les seules à pouvoir naître après la formation de ces contrats. En vertu de l'article 1993 du Code civil, le « *mandataire est tenu de ... faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant* ». Là encore, au jour du contrat, il n'est pas certain que la mandataire reçoive quoi que ce soit au cours de sa mission. L'obligation de restituer ou plutôt de transmettre au mandant les biens ou fonds réceptionnés au cours de la mission¹ ne naît donc pas du contrat, mais de la réception matérielle des biens ou fonds par le mandataire. Nous sommes bien hors la controverse précitée car ces créances postérieures ne changent pas la nature unilatérale du contrat puisqu'elles sont dans le même sens que l'obligation initiale née du contrat. Il s'agit malgré tout d'un nouvel exemple de créances qui naissent après la formation du contrat au stade de son exécution.

2° - Naissance à l'extinction du contrat :

454. Deux exemples peuvent être pris ici, l'indemnité prévue en cas de cessation des relations contractuelles et l'indemnité de non concurrence.

Les « indemnités » de cessation des relations contractuelles :

455. Le principe de liberté individuelle implique la liberté de rompre librement et à tout moment un contrat à durée indéterminée et la possibilité de ne pas conclure un nouveau contrat à l'issue d'un contrat à durée déterminée². Il est toutefois des contrats qui dérogent à ces principes pour des raisons d'ordre public. Les parties ne sont pas forcées de demeurer dans le lien contractuel, mais la rupture ou le refus de renouveler le contrat engendre le paiement d'une indemnité de cessation des relations contractuelles.

456. L'exemple topique réside dans le droit du travail où le législateur protège le salarié en lui assurant une certaine pérennité de son emploi. Excepté les cas de faute grave ou lourde du salarié, son licenciement, même pour une cause réelle et sérieuse, engendre la naissance d'une créance d'indemnité de licenciement fixée par la loi³, la convention collective ou le contrat de travail. La créance d'**indemnité de licenciement** ne naît pas du contrat de travail. Elle naît à la date du licenciement, plus précisément à sa date de notification⁴.

Ainsi, en cas de divorce, l'indemnité est commune si le licenciement est signifié durant la vie commune, peu importe que le contrat ou qu'une partie de l'ancienneté entrant en compte pour le calcul de l'indemnité soient antérieure à la date du mariage. Doit donc être cassé l'arrêt qui estime

¹ DUTILLEUL et DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, n°647.

² Com. 9 juill. 1952, RTD com. 1953, 720.

³ La loi fixe le minimum, art. L. 1234-9 du Code du travail.

⁴ Soc. 26 sept. 2006 n°05-43841, F-P+B : la rupture du contrat de travail se situe à la date d'envoi de la lettre recommandée notifiant le licenciement (mais le préavis ne court qu'à compter de la présentation de cette lettre).

que l'indemnité est partiellement propre au motif que l'ancienneté ayant servi à son calcul avait été acquise en partie sur une période antérieure au mariage car « *la créance d'indemnité de licenciement ..., née le jour de la notification de la rupture du contrat de travail, était entrée en totalité en communauté, peu important ses modalités de calcul* »¹.

Pour cette même raison, l'indemnité bénéficie du privilège de l'ancien article 40 lorsque le contrat est rompu après l'ouverture de la procédure collective. Dans un arrêt du 2 octobre 2001, la chambre sociale de la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir décidé que les indemnités de licenciement, de solde de congés payés et de préavis bénéficiaient dudit privilège car la rupture du contrat de travail s'était produite après l'ouverture de la procédure, « *peu important la date de la conclusion du contrat de travail* »² précise la haute juridiction en réponse au pourvoi qui déniait le privilège de l'art. 40 au motif que le contrat de travail était antérieur et que par conséquent lesdites créances avaient leur origine avant l'ouverture de la procédure.

Il faut prendre garde à ne pas confondre cette créance avec la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. Bien que les jugements affirment que cette créance indemnise la rupture du contrat de travail, l'indemnité ne correspond pas au préjudice réellement subi par le salarié³ et ne sanctionne pas une faute de l'employeur qui ne fait qu'exercer son droit de rompre le contrat. Pour ces raisons, la qualification s'avère difficile⁴. Au contraire, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse résulte de la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle de l'employeur et indemnise le préjudice réellement subi par le salarié.

Les deux créances ont une même date de naissance, la rupture du contrat. Seulement, légitime dans un cas, la rupture déclenche seulement la naissance de l'indemnité légale ou conventionnelle prévue par les statuts auxquels adhère automatiquement le contrat, illégitime dans l'autre cas, la rupture engendre en sus l'application des mécanismes de la responsabilité contractuelle avec une créance de réparation née du dommage, la rupture du contrat.

Le critère de certitude de l'événement montre bien que la créance d'indemnité ne peut être née au jour du contrat car, à cette date, on imagine mal qu'il soit certain que le salarié soit plus tard licencié⁵, il n'est donc pas certain non plus qu'une indemnité de licenciement sera due, ce qui implique que cette créance ne soit pas encore née au jour de formation du contrat de travail.

Il en va de même pour l'**indemnité de départ à la retraite** qui ne peut « *faire partie de la communauté qu'autant que le fait générateur de cette indemnité soit né pendant la communauté* »⁶, ce fait générateur n'étant dès lors pas le contrat de travail, mais bien la signification du départ en retraite.

¹ Civ. 1, 3 févr. 2010, n°09-65345, P.

² Soc. 2 oct. 2001, n°97-21827, P : le salarié avait demandé à bénéficier du privilège pour la part excédant le plafond de garantie des AGS.

³ Le salarié peut n'avoir subi aucun préjudice. Il peut, avant l'issue de son préavis, avoir retrouvé un nouvel emploi mieux rémunéré, plus intéressant et plus près de chez lui.

⁴ Antoine MAZEAUD, droit du travail, Montchrestien 6^{ème} éd. 2008 n°533.

⁵ Le congédiement peut intervenir durant la période d'essai. Il peut aussi ne pas intervenir, le salarié peut décéder en cours d'exécution ou encore prendre sa retraite.

⁶ Civ. 1, 22 févr. 2000, n°97-22117, inédit.

457. Les exemples ne se limitent pas au droit du travail. Tel est également le cas lors de la **rupture du contrat d'agent commercial**. Celle-ci donne naissance à une indemnité de perte de clientèle¹. Cette indemnité ne naît donc pas de la signature du contrat d'agence, mais de sa rupture. Pour cette raison, la loi empêche la renonciation par l'agent à sa créance d'indemnité au jour de la signature du contrat par une clause de ce dernier ou bien par une convention postérieure². En effet, s'agissant d'une créance d'ordre public, il ne peut y être renoncé par anticipation³, avant sa naissance. Puisqu'il ne peut y être renoncé qu'après la rupture du contrat, c'est que la naissance de cette créance réside bien dans la rupture du contrat.

458. Les cas de protection de cocontractant d'un contrat à durée déterminée procèdent de la même idée. La pérennisation du lien contractuel s'opère dans ces hypothèses par la consécration d'un droit au renouvellement en fin de contrat. Tel est le cas du **bail commercial** qui constitue un élément cardinal dans la valeur du fonds de commerce. Le refus au renouvellement du bail donne droit à une **indemnité d'éviction** consacrée à l'art. L. 145-14 du Code de commerce. Le droit au renouvellement est inhérent au statut des baux commerciaux et naît en conséquence dès la signature du bail⁴. Il n'en va cependant pas de même de la créance d'indemnité d'éviction pour refus de renouvellement du bail qui ne naît pas quant à elle au jour du contrat de bail, mais bien au jour du refus de son renouvellement⁵. En effet, au jour du contrat de bail, il n'est pas certain que le renouvellement sera refusé, la créance d'indemnité d'éviction n'est donc qu'éventuelle, elle n'est pas encore née.

L'indemnité de non concurrence :

459. Le contrat de travail comporte parfois une clause de non concurrence qui interdit au salarié de travailler pour une entreprise concurrente après la fin de son contrat de travail. Eu égard à la restriction qu'elle porte aux libertés fondamentales du salarié, une telle clause s'est vu limitée dans sa validité à de strictes conditions par la jurisprudence. L'une des conditions posées réside dans l'existence d'une contrepartie financière⁶.

De source contractuelle⁷, cette créance d'indemnité de non concurrence ne naît pas au jour de la signature du contrat de travail, mais à celui de sa rupture.

Cette date de naissance ressort des hésitations de la jurisprudence en la matière. Il s'agissait de savoir si cette indemnité devait être ou non couverte par les AGS. On sait que la jurisprudence applique le critère de date de naissance de la créance pour déterminer les créances couvertes. Seules les créances nées durant la période de couverture sont garanties par les AGS⁸. Dans le cas fréquent d'une

¹ Art. L. 134-12 du Code de commerce. Idem pour les VRP au statut de salariés, art. L. 7311-13 du Code du travail.

² Art. L. 134-12 du Code de commerce.

³ Art. L. 134-12 et L. 134-16 combinés du Code de commerce.

⁴ Com. 4 mai 2006 n°05-15151, P. Cf. également infra n°921.

⁵ Civ. 3, 5 mai 2004, n°00-22902, P, le vendeur de l'immeuble ayant délivré congé reste tenu personnellement de l'indemnité d'éviction, le cessionnaire n'en étant même pas garant. Cf. supra n°252.

⁶ Soc. 10 juill. 2002 n°99-43334 P, D. 2002 p. 2491,

⁷ Prévue au contrat, à tout le moins inhérente à la clause de non-concurrence stipulée.

⁸ Soc. 12 juin 2002, n°00-41153 : « la cour d'appel, qui a constaté qu'elle (la créance) était **née** avant l'ouverture de la procédure collective, a violé le texte susvisé ».

indemnité de non-concurrence payable mensuellement, la cour de cassation avait dans un premier temps exclu les échéances postérieures à la période de couverture, prenant ainsi implicitement parti pour une naissance successive des créances, au fur et à mesure des échéances¹. Puis, opérant un revirement remarqué par un arrêt du 20 juin 2006², la chambre sociale condamne les AGS à couvrir l'intégralité de l'indemnité de non concurrence, y compris la part correspondant à des échéances postérieures à la période de couverture.

Au-delà de ces hésitations, nous remarquons que la date de naissance de la créance d'indemnité contractuelle de non-concurrence n'a jamais été fixée au jour du contrat de travail. Elle est fixée en dernier ressort au jour de la rupture dudit contrat.

460. Ces solutions de droit positif montrent bien que toutes les créances contractuelles ne naissent pas au jour de la formation du contrat. L'aspect dogmatique de la thèse classique s'en trouve heurté car un dogme ne peut pas supporter d'exceptions. L'aspect dogmatique ne serait pas un problème s'il ne conduisait pas à des dérives gênantes en droit positif. Tel n'est pas le cas. Erroné, le fondement dogmatique de la thèse classique est également nocif. Il conduit en effet à dater la naissance de la créance au jour du contrat dans des hypothèses où tel ne devrait pas être le cas.

B. Les datations erronées

461. Le dogme d'une naissance au jour du contrat se trouve renforcé par l'habitude. Il est vrai qu'il est pratique et rapide d'affirmer que les créances contractuelles naissent au jour du contrat. En l'absence d'impact pratique, la seule considération théorique d'une absence de fondement réellement satisfaisant pourrait ne pas être gênante. Mais la théorie finit toujours par avoir des conséquences pratiques. Le dogme lui-même et son habitude finissent par avoir des répercussions fâcheuses en droit positif. La date de naissance de la créance se trouve parfois faussement fixée à la date de formation du contrat alors que tel ne devrait pas être le cas, ce qui emporte l'application d'un régime inapproprié aux créances concernées.

L'erreur est parfois consciente (1), l'aspect dogmatique de la thèse classique devient alors l'instrument du juge. Mais l'erreur est parfois inconsciente (2). Le juge et le justiciable subissent alors l'aspect dogmatique de la thèse classique.

1/ Les erreurs conscientes

462. Dans son article sur la date de naissance des créances en droit des procédures collectives, Corine Saint-Alary-Houin explique avant la réforme de 2005 que les solutions jurisprudentielles « *ont pour*

¹ Soc. 6 mai 1997 n°95-43166 et 64-42699.

² Soc. 20 juin 2006 n°04-48493, FS-P+B, JCP G 2006, 1950, Raymonde VATINET.

résultat global d'étendre le champ d'application de la priorité de paiement des créanciers postérieurs »¹ et que « *la conception que retient la jurisprudence du fait générateur a pour effet de garantir le paiement de créances qui n'ont aucune utilité, ni pour le redressement, ni pour les besoins de la liquidation* »². L'auteur regrette que la jurisprudence en la matière ait pour effet de gonfler le volume des créanciers de l'ancien article 40, mettant en péril le redressement de l'entreprise au profit de créances inutiles pour le redressement. L'auteur propose alors d'appliquer davantage l'origine que le fait générateur de la créance³, le contrat que la date de naissance réelle de la créance.

Pourtant, l'examen de certains arrêts montre que cette vision n'est que percellaire et qu'un courant jurisprudentiel en sens inverse peut également être relevé. Trouvant un fondement utile dans le dogme de la naissance au jour du contrat, les magistrats reculaient parfois la date de naissance réelle de nombre de créances pour les exclure du privilège de l'ancien article 40. Loin de gonfler le volume des créanciers privilégiés, cet autre courant jurisprudentiel procédait au contraire au dégonflage du nombre de ces créanciers.

La date de naissance de la créance est ici instrumentalisée sur le fondement du dogme d'une naissance systématique au jour de la formation du contrat afin de refuser de façon illégitime le bénéfice du privilège de l'ancien article 40 à certains créanciers.

Si quelques exemples évidents peuvent être étudiés (a), davantage d'attention sera accordée à deux solutions aberrantes sur le plan théorique au point que le bon sens s'en trouve heurté. La première conduit à considérer qu'une personne est obligée de restituer ce qu'elle n'a pas encore reçue, que l'emprunteur doit restituer les fonds qu'il n'a pas encore reçus (b). La seconde conduit à considérer qu'une personne est obligée de rembourser ce qu'elle n'a pas encore déboursé, que le débiteur principal doit rembourser à la caution le paiement de la dette qui n'a pourtant pas encore été effectué (c).

a) Le dégonflement inaperçu des créanciers de l'ancien article 40

463. Dans un arrêt du 17 février 1998⁴, le caractère erroné des arguments invoqués est tellement flagrant que les magistrats n'ont vraisemblablement pas pu être convaincus par leur bien-fondé. Leur souci de justification n'est autre que le symptôme d'une date de naissance erronée mais opportuniste. Était en cause la créance de commission d'un agent immobilier. Au lieu de fixer sa naissance au jour postérieur à l'ouverture de la procédure de la conclusion de la vente commissionnée, la Cour la fixe

¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », in *colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances*, LPA n°224 du 9 nov. 2004 p. 11 n°6.

² Ibid.

³ Ibid, n°18 et s.

⁴ Com. 17 févr. 1998 n°95-15409, P, *RTD com.* 1998, p. 913, Bernard Bouloc : « *si aux termes de l'article 6 de la loi ... du 2 janvier 1970 ... l'agent immobilier ne peut exiger aucune commission avant que l'opération ... ait été constatée dans un .. acte écrit..., cet acte ... n'est pas le fait générateur de la créance de commission ; qu'il résulte ... des articles 72 et 73 du décret ... du 20 juillet 1972... que cette créance trouve son origine dans le mandat écrit ... sans lequel il ne peut, non plus, prétendre à aucune rémunération* ». Même solution pour un contrat de « recherches de partenaires » : com. 16 oct. 2007 n°06-11102, P (rejet avec substitution de motif).

au jour antérieur du contrat de mandat. S'agissant d'une créance antérieure, celle-ci était éteinte pour défaut de déclaration. La justification est de toute évidence erronée.

D'abord, citant la loi qui dispose que l'agent ne peut « exiger » aucune commission avant la commission de l'opération, il est sous-entendu que la vente ne constitue que la date d'exigibilité, la naissance préexistant. Le sous-entendu est erroné. La naissance ne précède pas nécessairement l'exigibilité, elles peuvent être concomitantes. Et, alors que la Cour ne relève que le verbe « exiger » dans la loi, sa lecture nous apprend que celle-ci dispose avant tout que rien « *n'est dû* »¹ avant la réalisation de l'opération. Si rien n'est dû, c'est bien qu'il n'existe encore aucune créance avant la réalisation de la vente commissionnée.

Ensuite, se fondant sur les art. 72 et 73 du décret d'application, le Cour explique que puisque le droit à commission ne peut naître sans le mandat, c'est que sa date de naissance correspond à la date du mandat. Ce raisonnement n'est évidemment qu'un sophisme. À ce compte-là, toutes les créances de pensions alimentaires dues par des enfants envers leurs parents sont nées le 9 mars 1891 car, sans cette Loi, aucune pension ne pourrait être exigée par les ascendants. Quant aux articles 72 et 73 cités, ils ne font qu'exiger un mandat écrit comportant précisément le montant du droit à commission. On voit mal dès lors en quoi ils impliquent une naissance de la créance de commission au jour du contrat.

La date de naissance de la créance de commission ne se situe pas au jour du mandat comme tente de le faire accroire la Cour pour justifier sa solution, mais bel et bien au jour de l'opération objet de la commission, au jour de la vente de l'immeuble. Tant que cette vente n'est pas signée, elle n'est pas certaine et la créance de commission y afférente ne l'est pas non plus. Incertaine, la créance n'existe pas. Le mandat constitue la source contractuelle de cette créance, mais sa date de naissance se situe bien au jour de la vente commissionnée.

Il en va d'ailleurs ainsi pour toutes les commissions de toutes les professions d'intermédiation². Par exemple, dans le cas de l'agent commercial, l'art. L. 134-7 dispose que « *pour toute opération commerciale conclue après la cessation du contrat d'agence, l'agent commercial a droit à la commission... lorsque l'ordre du tiers a été reçu par le mandat ou par l'agent commercial avant la cessation du contrat d'agent commercial* », ce qui signifie bien que la créance de commission naît de la vente commissionnée.

À l'image de cette décision, peut-être la jurisprudence fixera-t-elle systématiquement la date de naissance au jour du contrat pour prononcer l'extinction de ces créances de commissions qui n'auront pas été déclarées, diminuant ainsi le passif de la procédure sans doute pour favoriser les chances de redressement.

464. Il arrive que la jurisprudence admette quasiment le caractère erroné et factice de la date de naissance qu'elle fixe. Il n'est alors pas nécessaire de passer au crible l'argumentation pour y débusquer une fausse date de naissance volontairement fixée par appui sur le dogme de la thèse

¹ Art. 6, L. 2 janv. 1970 : « *n'est dû ... ou n peut être exigé ou accepté* » au titre des commissions.

² P.-M. LE CORRE, « Continuation des contrats en cours, date de naissance des créances et mandat », *D.* 2009 p. 2172.

classique. Tel était le cas dans un arrêt du 20 janv. 2009¹ destiné au rapport annuel. L'entreprise en difficulté devait rembourser le prix de vente perçu suite à l'annulation de la vente.

La Cour relève elle-même par un *obiter dictum* que, « en principe, la créance de restitution du prix née de l'annulation d'une vente, prononcée postérieurement au jugement d'ouverture ... entre dans les prévisions de l'art. L. 621-32 du code de commerce ». Autrement dit, la créance de restitution naît du jugement d'annulation et devrait en principe bénéficier du privilège de l'ancien article 40 puisqu'en l'espèce l'annulation du contrat, la naissance de la créance de restitution était bien postérieure au jugement d'ouverture.

C'est pourtant à la solution opposée qu'aboutit l'arrêt expliquant que « la créance résultant de l'obligation de rembourser le prix de vente d'un immeuble suite à l'annulation de cette vente, en application des articles L. 621-107 et L. 621-108 du code de commerce ... a en revanche son origine antérieurement au jugement d'ouverture ».

Affranchi de l'illusion des fondements stériles d'une prétendue distinction entre la naissance et l'origine de la créance ou encore entre l'obligation et la créance, il apparaît évident que le fondement réel de cette solution ne peut que résider dans la cause particulière de nullité de la vente. Si tel n'était pas le cas, la solution serait en effet identique quelle que soit cette cause. Or il n'en va pas ainsi. Les créances de restitutions consécutives d'annulations postérieures qui ne sont pas fondées sur les articles L. 621-107 et 108 du Code de commerce bénéficient bien du privilège de l'art. 40².

La date de naissance de la créance de restitution ne peut varier selon les causes de nullité. Les juges la fixent de façon factice au jour du contrat annulé au lieu de la fixer au jour du jugement prononçant la nullité de ce même contrat. L'objectif, certes inavoué, mais évident, est de sanctionner le cocontractant objet d'une nullité de la période suspecte. On comprend que les magistrats ne souhaitent pas qu'un créancier qui a violé les principes de la procédure bénéficie du privilège de celle-ci quant à sa créance de restitution³. Certes, incidemment, le volume des créanciers de l'art. 40 s'en trouve diminué ; ce n'est toutefois pas la raison première.

b) Devoir restituer ce qui n'a pas encore été reçu

465. Dans un arrêt du 11 février 2004⁴, l'ouverture d'une procédure collective s'était intercalée dans un contrat de prêt entre la signature du contrat et la remise des fonds. Considérant que la créance de restitution des fonds de la banque était née postérieurement lors de l'ouverture de la procédure, la Cour d'appel avait admis la créance au titre du privilège de l'art.40. L'arrêt est cassé. Pour la Cour de cassation, la créance était antérieure et aurait donc dû être déclarée au passif de la procédure.

¹ Com. 20 janv. 2009, n°08-11098, F-P+B+R, D. 2009, p. 425 A. LIENHARD, RTD com. 2009, p. 616, A. MARTIN-SERF

² Com. 20 juin 2000 n°97-11422, P : bénéficie du privilège de l'art. 40 la restitution d'un acompte versé avant l'ouverture de la procédure dès lors que le jugement d'annulation lui était postérieure. Com. 28 avr. 2009 n°08-14777 inédit : idem pour la restitution de la valeur et des fruits d'un bien (rejet avec substitution de motif).

³ A. MARTIN-SERF (obs. sous l'arrêt) propose de fonder la solution sur une rétroactivité à géométrie variable de la nullité. La proposition ne convainc pas. D'ailleurs, la nullité d'un contrat instantané ne pose pas de problème quant à sa rétroactivité, seule celle d'un contrat à exécution successive partiellement exécuté fait l'objet d'une controverse. La nullité d'un contrat instantané est toujours rétroactive, ce pourquoi elle engendre des créances de restitution. À défaut, la créance de restitution n'existerait pas et sa date de naissance serait donc hors propos.

⁴ Com. 11 févr. 2004 n°01-11654 FS-P+B, D. 2004, p. 567, RTD com. 2004 p. 355, D. LEGEAIS.

Une fois encore, la jurisprudence recule la date de naissance de la créance au jour du contrat alors qu'elle naît en réalité au jour de la remise des fonds. Cela lui permet de diminuer les créanciers de la procédure. L'aspect dogmatique de la thèse classique lui permet de cristalliser systématiquement les naissances des créances contractuelles au jour du contrat. D'ailleurs, la solution était affirmée par Emmanuel Putman¹ bien avant l'arrêt précité.

466. La datation au jour du contrat est ici erronée car, comme l'explique Jérôme François, « *on ne voit pas comment l'emprunteur pourrait être tenu de restituer les fonds tant qu'ils n'ont pas été remis... Au demeurant, ce qui vaut pour le prêt d'argent vaut pour tout contrat dont l'objet est de mettre une chose à la disposition d'autrui.... La délivrance de la chose est donc un fait nécessaire à la naissance de l'obligation de la restituer* »².

La jurisprudence n'ignore d'ailleurs pas ce raisonnement de bon sens lorsqu'on quitte le droit des entreprises en difficulté et le contrat de prêt. Elle juge en matière de compensation légale que les créances du client relatives à la restitution des emballages consignés prennent naissance à la date de réception des marchandises par le client et non pas à la date du contrat de vente³. En compensation de dettes connexes, elle juge que le bénéficiaire d'un virement bancaire acquiert certes le droit définitif sur les fonds dès que l'ordre est devenu irrévocable, mais « *son droit de créance sur son propre banquier ... n'existe qu'à compter de la réception effective des fonds par ce dernier qui les détient alors pour le compte de son client en sa qualité de dépositaire* »⁴. En effet, le banquier ne saurait devoir restituer à son client des fonds qu'il n'a pas encore reçus.

De même, la créance de répétition de l'indu ne naît qu'au jour du paiement de l'indu⁵. On ne saurait en effet devoir restituer ce qu'on a indûment perçu avant même de l'avoir effectivement perçu. Et la prescription ne peut courir avant que les paiements ne deviennent indus, quand bien même le contrat en vertu duquel les paiements ont été effectués fut antérieur⁶. En effet, la prescription d'un droit ne peut courir avant sa naissance, ce pourquoi la prescription d'une action en répétition de l'indu ne peut débiter avant qu'il n'y ait paiement indu, avant la naissance de la créance de répétition de l'indu.

¹ E. PUTMAN, th. 1987 op. cit., n°467 où l'auteur affirme explicitement que la créance de restitution ne naît pas de la remise de la chose, mais du contrat qui lui est antérieur.

² J. FRANÇOIS, « La cause et le contrat de prêt », note sous com. 7 avr. 2009, *Def.* 30 oct. 2009, n°18, p. 1942.

³ Com. 15 oct. 1991 n°89-20605, P. La solution est cependant contestable en ce sens que la créance de prix des emballages du client ne devrait naître qu'au jour de la restitution desdits emballages au fournisseur. En effet, avant cette restitution, le fournisseur n'est pas obligé de restituer les emballages, cette restitution n'est qu'une simple faculté. Quoi qu'il en soit, l'arrêt ne fixe pas la naissance de ces créances au jour du contrat, solution que nous combattons pour le moment.

⁴ Com. 18 sept. 2007 n°06-14161, P.

⁵ Civ. 2, 9 avr. 2009 n°08-12873, P, mixte 12 mai 2000 n°97-18851, P, civ. 3, 13 juill. 1999 n°97-21537, P.

⁶ Civ. 1, 31 mai 2007 n°06-13224, P. Il était prévu une réduction de loyer pour financer des travaux effectués par le preneur sur l'immeuble. Le paiement des travaux par le bailleur s'opérait donc par compensation. S'apercevant que le coût des travaux avait été inférieur à la réduction accordée, le bailleur agissait en répétition de l'indu, à savoir le paiement par compensation, sous forme de réductions de loyers. Les juges du fond avaient déclaré l'action prescrite au motif que le montant des travaux était fixé dès le contrat et pouvait à tout le moins être déterminé dès la fin des travaux. Or, il s'était écoulé plus de 10 années depuis le contrat de bail, mais également depuis la fin des travaux. L'arrêt est cassé au motif que « *l'action en répétition de l'indu ne pouvait être utilement engagée qu'à compter de la date où le paiement était devenu indu, soit à compter du jour où les réductions de loyers consenties excédaient le coût des travaux engagés* ». C'est en effet à compter de cette date que naissant la créance de restitution de l'indu ; la prescription ne pouvait dès lors courir avant la naissance de ladite créance. Elle ne pouvait courir, ni depuis le contrat en vertu duquel les réductions de loyers avaient été accordées, ni depuis la fin des travaux car la créance n'était pas encore née à ces deux dates.

Peut également être cité un arrêt rendu en matière de recel successoral du 4 mai 1977¹. Dans cette affaire, la Cour d'appel avait condamné l'héritier ayant détourné un bateau de la succession à restituer ledit bateau ainsi que les bénéfices perçus par son exploitation, le tout avec intérêts moratoires à compter de la date d'assignation en justice valant mise en demeure de restituer. Seulement, la date d'assignation était antérieure à la date de perception des bénéfices par l'héritier, l'assignation datait de 1969 et les bénéfices devant être restitués avaient été réalisés en 1970 et 1971. L'arrêt est cassé au visa de l'art. 1153 car « *les bénéfices sujets à rapport ne pouvaient produire d'intérêts depuis une date antérieure à celle de leur perception* ». C'est que les intérêts légaux ne peuvent courir sur une dette qui n'existe pas encore. Or, tant que les bénéfices n'avaient pas été réalisés, perçus par l'héritier, celui-ci ne pouvait devoir les restituer. Sa date de restitution n'était pas encore née et les intérêts légaux ne pouvaient dès lors courir dessus.

Revenant sur le terrain du contrat de prêt stricto sensu, un arrêt plus récent du 14 janv. 2010² nous apparaît également être dans le sens d'une naissance de la créance de restitution au jour de la remise des fonds et non pas au jour du contrat de prêt. Une société de crédit avait été déboutée de sa demande en remboursement au motif qu'elle ne prouvait pas avoir remis les fonds tandis que l'emprunteur contestait les avoir reçus. Bien que l'argumentation se place sur le terrain de la preuve, la fin de l'attendu de principe est évocatrice : « *faute d'apporter une telle preuve (celle de la remise des fonds), la société de crédit n'apportait pas celle de sa créance* ». Or, si le contrat seul ne suffit pas à prouver la créance de restitution, si le prêteur doit en plus prouver la remise des fonds, c'est, nous semble-t-il bien que la créance de restitution ne naît pas du contrat, mais de la remise des fonds. Sinon et à tout le moins, il eut été question de l'exigibilité de la créance de restitution et non pas de la créance elle-même.

467. La fixation erronée de la naissance au jour du contrat ne provient pas ici de la seule conjonction de l'**aspect dogmatique de la thèse classique** et de l'**opportunité de réduire le nombre des créanciers privilégiés**. Un troisième facteur a sans doute contribué à l'adoption de cette solution et par conséquent à renforcer le dogme, **l'évolution en droit de la nature et des effets du contrat de prêt**. La nature de ce contrat a en effet commencé à évoluer. Initialement contrat réel, il a commencé à migrer vers la catégorie des contrats consensuels. Mais tous les effets de cette migration n'ont pas été convenablement perçus, ce qui génère une confusion propice au renforcement de l'aspect dogmatique d'une naissance systématique au jour du contrat.

Lorsque ce contrat est réel, il se forme par la remise des fonds avant laquelle il n'y pas même de contrat. Le contrat est alors unilatéral, il n'existe qu'une obligation à la charge de l'emprunteur, la restitution des fonds prêtés. Puisque formation du contrat et remise des fonds se confondent, il n'y a pas lieu d'hésiter entre ces deux événements pour fixer la date de naissance de la créance.

Depuis l'arrêt du 28 mars 2000³, les contrats « *consentis par un professionnel du crédit* » sont devenus consensuels. Dans ces hypothèses nombreuses, lorsque le contrat est consensuel, il se forme

¹ Civ. 1, 4 mai 1977 n°76-10320, P.

² Civ. 1, 14 janv. 2010, n°08-13160, FS-P+B, JCP G 2010, 380, N. DISSAUX, « Le régime probatoire de la remise des fonds dans le contrat de prêt ».

³ Civ. 1, 28 mars 2000 n°97-21422 P+B+R, D. 2001 p. 1615 Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER : « *Mais attendu que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* ». La solution fut confirmée à maintes reprises par la suite : civ. 1, 27 nov. 2001 n°99-10633, inédit, Def. 28 févr. 2002 n°4 p. 259 R. LIBCHABER, civ. 1 19 juin 2008 n°06-19753, P, RDC

dès l'accord des parties un contrat synallagmatique de prêt prévoyant l'obligation de remise des fonds par le prêteur et celle de restitution par l'emprunteur. La différence majeure réside dans le fait que l'emprunteur peut contraindre le prêteur à remettre les fonds en vertu de l'effet obligatoire du contrat qui existe déjà alors que tel n'était pas le cas lorsque le contrat était réel. Toujours est-il que lorsque le contrat est consensuel la formation du contrat et la remise des fonds peuvent avoir lieu à des moments différents, d'où la survenance d'une hésitation entre ces deux dates pour déterminer la naissance de la créance de restitution.

C'est dans ce changement de nature que réside le 3^{ème} facteur ayant contribué à déterminer une fausse date pour la naissance de cette créance. Faisant évoluer la nature du contrat de prêt, la jurisprudence n'a d'après nous pas anticipé toutes les conséquences de ce changement, notamment l'hésitation qui surviendrait quant à la date de naissance de la créance de restitution et son importance. Confrontés à cette hésitation, la première réaction fut sans doute d'appliquer aveuglément le dogme de la thèse classique, en matière de contrat, les créances naissent du contrat, donc la créance de restitution naît du contrat de prêt.

Preuve en est que les spécificités de l'ancien article 40 n'ont pas seules contribué à la datation erronée, qu'il a fallu ce facteur spécifique du contrat de prêt, la jurisprudence rendue sous l'ancien article 40 ne fait pas naître les créances de restitution des contrats annulés ou des jugements réformés aux jours desdits contrats ou jugement, mais au jour du jugement prononçant la nullité du contrat¹ ou bien au jour du jugement réformant l'ancienne décision². Si la naissance de la créance de restitution n'est certes ici pas datée de la perception, à tout le moins n'est-elle pas datée à une date antérieure à celle-ci, mais bel et bien à une date qui lui est postérieure.

468. Le caractère erroné de la date de naissance de la créance de restitution au jour du contrat peut également être montré en approfondissant la réflexion sur ce troisième facteur, **l'évolution du contrat de prêt quant à sa nature.**

Pour légitimer l'ancienne nature réelle de tout contrat de prêt, il est fréquemment invoqué la nécessité de faire prendre conscience au prêteur de l'ampleur du contrat par la remise matérielle des fonds. Et pour justifier une évolution quant à la nature, il est invoqué la dématérialisation de la monnaie qui rend le paiement aussi impalpable que le contrat lui-même.

Seulement la véritable raison de l'ancienne nature réelle du contrat de prêt semble avoir été oubliée au passage.

Commentant les Institutes de Justinien, Ortolan en expliquait la raison en ces termes : « *c'est que, dans ces contrats, l'obligation essentielle et caractéristique est celle de rendre : or il ne peut être question de rendre qu'autant qu'on a préalablement reçu. Ce n'est pas en droit romain seulement,*

2009 p. 188 P. Puig, *D.* 2008 p. 2555 F. CHENEDE, *com.* 7 avr. 2009 p. 2080 n°08-12192 FS-P+B, *Def.* 30 oct. 2009 n°18 p. 1942, J. FRANÇOIS, *D.* 2009 p. 2080 J. GHESTIN, *RTD com.* 2009 p. 598 D. LEGEAIS,

¹ *Com.* 12 oct. 2004 n°00-13348 inédit, *com.* 20 janv. 2009 n°08-11098, P.

² AP 3 mars 1995, P, *D.* 1995, 249, *conc. av. gén.* JEOL, *RTD civ.* 1995, 687, PERROT.

c'est en toute législation que ces contrats n'existeront jamais que par la chose (re). On les qualifie dans notre langue, mais non dans celle du droit romain, de contrats réels »¹.

Et Demolombe² reprenait la même explication, ce qui montre que la même considération a présidé à la nature réelle du contrat de prêt dans le Code civil.

Ce n'était donc pas une raison psychologique, mais technique qui justifiait la nature réelle : comme, d'une part et surtout, il était impensable que l'obligation de restituer naisse avant la remise, d'autre part les obligations contractuelles naissent forcément au jour du contrat, alors le contrat ne pouvait apparaître que de la remise des fonds.

Seulement, c'est la prémisse d'une naissance systématique des obligations au jour du contrat qui était fautive et non pas celle de bon sens commun d'une impossibilité de devoir restituer ce qu'on n'a pas encore reçu. En effet, comme il a été vu précédemment, la naissance au jour du contrat procédait d'une fusion en droit romain des concepts de contrats et d'obligation, fusion passée dans le Code civil sous forme de confusion des mêmes concepts.

Le changement de nature du contrat de prêt aurait dû à cet égard constituer une évolution au plan de la théorie générale du droit en marquant la différence des concepts de contrat et d'obligation, et conséquemment en admettant que leurs dates d'apparition diffèrent. Il est dommage que cette évolution ait été tuée dans l'œuf par l'application aveugle du dogme de la thèse classique en fixant la date de naissance de la créance de restitution au jour du contrat, ce même si des considérations d'opportunité du droit des entreprises en difficulté ont pu aider au choix.

469. Dans cet exemple du contrat de prêt, la fixation erronée de la date de naissance au jour du contrat donne au dogme de la thèse classique la force de résister au bon sens selon lequel on ne peut devoir restituer avant d'avoir reçu. Cette force lui vient certes sans doute en partie d'une politique jurisprudentielle inaperçue de diminution du volume des créanciers de l'ancien article 40. Mais elle lui vient également d'une autre déviance du droit spécifique du contrat de prêt, l'évolution imparfaite et incomplète de la nature de ce contrat. C'est d'après nous une carence de réflexion quant aux conséquences du changement de nature de réel vers consensuel de ce contrat qui a contribué à fixer cette date de naissance erronée et donc à renforcer aussi le dogme de la thèse classique.

Il serait préférable de changer rapidement d'orientation afin d'éviter que la déviance ne prenne trop d'ampleur. En effet, d'une part, cette évolution de nature sera sans doute amenée à s'étendre à tous les contrats de prêt³, voire à tous les contrats réels, engendrant in fine la disparition de cette catégorie

¹ ORTOLAN, op. cit. n°1206 p. 139.

² DEMOLOMBE, L.3, t.3, n°31 et 32 : « *C'est ainsi que le mutuum, le prêt de consommation, est un contrat qui se forme re. En quel sens ? Est-ce parce que l'obligation de l'emprunteur, étant de rendre, ne peut naître qu'après qu'il a reçu ? Oh ! Certes, oui, en ce sens (...)* Cette condition-là, en effet, dérive de la nécessité même ; à ce point que c'est presque une naïveté de l'exprimer. Conçoit-on ... qu'une partie soit obligée de rendre, quand elle n'a pas reçu ! La convention, par laquelle je me serais obligé à vous prêter 100000 francs, serait obligatoire sans doute ; mais elle ne constituerait pas un prêt, tant que je ne vous aurais pas livré cette somme ; elle serait un contrat innommé, une promesse de prêt ; et, en cet état, c'est le futur prêteur, qui serait obligé ; tandis que c'est l'emprunteur seul, qui est obligé par le contrat de prêt une fois accompli ! ».

³ Sont pour l'instant consensuels les seuls prêts consentis par des professionnels du crédit. Les autres prêts demeurent des contrats réels, par exemple lorsqu'il n'est pas octroyé par un établissement de crédit (civ. 1, 7 mars 2006, n°02-20374, P), notamment par un particulier (Civ. 1, 19 juin 2008 n°06-19056, P, civ. 1, 30 oct. 2008, n°07-12638, inédit). Seulement, une première évolution avait été amorcée par un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 27 mai 1998 (n°9/6-17312, P, D. 1999 p.28, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, D. 1999, p. 194, Marc BRUSCHI). Se fondant sur le régime particulier du contrat de prêt immobilier, l'arrêt avait consacré la nature consensuelle et non plus réelle de ce seul type de prêt. Ce n'est que par la suite que la

de contrats jugés par certains anachronique¹. D'autre part, la datation erronée de la date de naissance de la créance de restitution n'est pas la seule déviance² engendrée par une carence de réflexion quant aux inférences de l'évolution de nature du contrat de prêt.

c) Devoir rembourser ce qui n'a pas encore été déboursé

470. En matière de cautionnement, la jurisprudence fixe la date de naissance de remboursement de la caution à une date erronée, certes pour des considérations inhérentes au droit des entreprises en difficultés, mais sans doute aussi à cause des **incertitudes inhérentes au recours personnel de la caution**. Le raisonnement basé sur la date de naissance peut cependant être généralisé, le bon sens commande qu'on ne peut devoir rembourser ce qui n'a pas encore été déboursé, ce pourquoi la date de naissance de remboursement de la caution ne peut naître il nous semble qu'à la date du paiement de la dette principale par cette dernière.

Par deux arrêts des 30 septembre 2008³ et 16 juin 2004⁴, la haute juridiction casse les arrêts d'appel pour avoir fixé la date de naissance de la créance de remboursement de la caution contre le débiteur principal au jour du paiement de la dette principale. L'ouverture d'une procédure collective était à chaque fois intercalée entre le contrat de cautionnement et le paiement par la caution de sorte qu'avec les arrêts de cassation la créance de la caution n'était plus une créance privilégiée postérieure, mais une créance antérieure éteinte pour défaut de déclaration.

La caution *solvens* dispose de deux recours, l'un subrogatoire, l'autre personnel. Le recours subrogatoire n'est pas en cause ici et ne pose d'ailleurs pas de problèmes en termes de date de naissance de la créance qui le supporte. Subrogée dans les droits du créancier en vertu de l'article 1251 3° du Code civil, la caution exerce le droit de créance de ce dernier. Sa date de naissance n'est donc autre que celle de la dette principale transférée à la caution. La dette principale étant généralement antérieure au jugement d'ouverture, la caution n'a pas intérêt à invoquer le recours subrogatoire en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur principal. Ceci explique que seul le recours personnel de la caution *solvens* était en cause dans ces arrêts.

solution fut étendue par l'arrêt précité du 28 mars 2000 à tous les prêts consentis par un professionnel du crédit. Il est dès lors probable que cette évolution se poursuive. Elle commencera sans doute par une interprétation extensive de la notion de « professionnel du crédit ».

¹ J.-R. MIREAU-GAUVIN, « Prêt », *Rép. Civ. Dalloz*, n°3.

² L'imperfection de cette évolution touche aussi le terrain de la cause duquel la jurisprudence critiquée déduit la nullité du prêt lorsque l'affectation des fonds initialement prévue n'a pas été respectée par le prêteur : civ. 1 19 juin 2009 et com. 7 avr. 2009, *Def.* 30 oct. 2009 n°18 p. 1942, J. FRANÇOIS qui estime qu'il y a confusion entre la formation et l'exécution du contrat de prêt. En réalité, les conséquences de cette évolution ne semblent pas avoir été suffisamment réfléchies.

³ Com. 30 sept. 2008 n°07-18479, inédit : malgré l'absence de publication, la règle est érigée en principe dans un chapeau : « Attendu que la caution qui a payé la dette et qui agit contre le débiteur principal sur le fondement de l'article 2305 du Code civil, prend naissance à la date de l'engagement de caution ».

⁴ Com. 16 juin 2004 n°01-17199, P. Il s'agissait d'un recours contre le cofidéjusseur en redressement judiciaire et non pas contre le débiteur principal. Les deux actions sont toutefois fondées sur un même recours personnel de la caution.

471. La créance de recours de la caution *solvens* ne peut pas naître du contrat de cautionnement antérieur au paiement comme l'affirme la Cour de cassation. Elle naît en réalité à la date du paiement¹.

D'abord, le contrat de cautionnement lie la caution au créancier et non pas au débiteur principal. Dès lors on voit mal comment la date de ce contrat pourrait constituer la date de naissance d'une dette à la charge d'une personne qui n'y est pas partie.

Ensuite, le cautionnement est un contrat unilatéral faisant naître une obligation à la charge de la caution, ce pourquoi la jurisprudence lui applique l'article 1326 du Code civil² concernant les mentions manuscrites obligatoires dans le cas d'un contrat unilatéral. Si ce contrat faisait naître en même temps une créance au profit de la caution, il ne serait sans doute plus unilatéral et l'article précité ne serait dès lors pas applicable.

472. Les incertitudes quant à la date de naissance de cette créance ne sont que le reflet de celles concernant **la nature et le fondement du recours personnel de la caution *solvens***. Cependant, aucun des fondements envisagés ne milite pour une date de naissance au jour du contrat de cautionnement.

Ces fondements proviennent pour partie de l'évolution historique de l'institution, pour partie du droit positif.

Dénommé *fideiussio* en droit romain, le cautionnement ne comportait à l'origine aucun recours de la caution contre le débiteur principal³. Furent successivement imaginés pour alléger la charge de la caution des recours fondés sur un mandat entre la caution et le débiteur, puis sur la gestion d'affaire⁴. Ce n'est que plus tard qu'apparut la cession d'actions, conventionnelle puis automatique⁵, ancêtres du recours subrogatoire. La trace de ces fondements historiques se retrouve aujourd'hui dans les textes. L'art. 2312 du Code civil⁶ dispose que « *la caution qui a payé à son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur* ». Le pronom possessif « son » marque le caractère personnel par opposition au recours subrogatoire de l'art. 2313⁷. Le « su » et « l'insu » renvoient aux deux fondements qu'avaient connus le droit romain, le mandat et la gestion d'affaire⁸. Seulement, ni le mandat ni la gestion d'affaire ne peuvent soutenir une date de naissance au jour du contrat de caution.

¹ L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, précis Dalloz, op. cit. n°143 : « *Le fondement du recours personnel explique aussi que le droit propre de la caution au remboursement, qui naît à l'instant du paiement,...* ».

² « *L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature ... ainsi que la mention, écrite "par lui-même", de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres* ».

³ LÉVY et CASTALDO, *Histoire du droit civil*, précis Dalloz, n°747

⁴ P. PICHONNAZ, *Fondements romains du droit privé*, LGDJ 2008 p. 418.

⁵ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, rééd. bibliothèque Dalloz. par Jean-Philippe LEVY, 8^{ème} éd. 2003 p. 809 et s.

⁶ Anc. art. 2035 du Code civil.

⁷ Anc. art. 2036 du Code civil.

⁸ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, traité Economica 2004, n°272 : l'auteur réfute les fondements du mandat et de la gestion d'affaire car la caution n'a aucunement eu l'intention de représenter le débiteur principal. Il est vrai qu'à l'heure du consensualisme il est plus difficile qu'en droit romain d'utiliser des institutions qui ne correspondent pas à la réelle intention des parties. Quoi qu'il en soit, si nous écartons ces deux fondements, la seule utilité du paiement ne devrait pas suffire car elle ne constitue pas à elle seule un fondement juridique. Il ne reste alors qu'à se fonder sur les arrêts contemporains en matière de paiement de la dette d'autrui, mais ceux-ci conduisent à la même solution d'après laquelle la créance de la caution ne naît qu'au

Le mandat est un contrat unilatéral pouvant donner lieu à la naissance d'obligations en sens inverse au cours de son exécution en vertu de l'art. 1999. C'est un contrat synallagmatique imparfait. Il n'est pas contesté que ce contrat est unilatéral au jour de sa formation et que ce n'est qu'ensuite au stade de son exécution que naissent des créances au profit du mandataire, en l'espèce au profit de la caution au jour du paiement de la dette principale.

La gestion d'affaire est un fait de l'homme, non pas un acte juridique. Et le fait qui donne naissance à la créance, c'est en l'espèce le paiement de la caution, conformément d'ailleurs à l'art. 1375 du Code civil qui dispose que « *le maître ... doit ... rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il (le gérant) a faites* ».

Des arrêts récents rendus en matière de paiement de la dette d'autrui auraient pu faire penser à l'émergence d'un nouveau fondement. Des auteurs évoquent l'émergence d'un droit commun du remboursement¹. Mais ces arrêts² se cantonnent au paiement par un tiers solvens non tenu à la dette et non subrogé dans les droits du créancier, ce qui exclut la caution tenue et subrogée. Au demeurant, le dernier état de cette jurisprudence semble en revenir à la gestion d'affaire à laquelle un arrêt de 2001 fait vraisemblablement référence en se fondant sur le « *principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui* »³. Quand bien même nous nous en tiendrions à la jurisprudence de 1990 qui semblait instaurer un recours autonome, la date de naissance de la créance ne correspondrait pas au contrat de cautionnement, mais bel et bien au paiement puisque l'arrêt énonçait que « *que le recours ... avait sa cause dans le seul fait du paiement, générateur d'une obligation nouvelle distincte de celle éteinte par ledit paiement* »⁴.

473. La raison opportuniste qui pousse les juges à décider d'une date de naissance erronée pour cette créance est cependant bien compréhensible. Il y a ici davantage que la seule diminution du volume des créanciers de l'ancien article 40. Adopter la date de naissance réelle conduit en effet à un résultat presque inique sur le plan du droit des entreprises en difficulté car **la dette principale antérieure à la procédure se trouve transmutée en une créance postérieure privilégiée par le truchement du cautionnement et du paiement de la caution à l'initiative de cette dernière**⁵ qui peut attendre l'ouverture de la procédure avant de payer le créancier et dispose donc dans une certaine mesure de la maîtrise de la date de naissance de sa créance de recours et de son caractère privilégié.

474. À nouveau, une date de naissance est fixée au jour du contrat en dépit du bon sens, ce qui a pour effet de renforcer d'autant le dogme de la thèse classique. Et comme précédemment, un troisième facteur lui-même biaisé vient conforter cette datation erronée et par là même le dogme de la thèse classique. Il s'agit du **recours avant paiement**.

jour du paiement de la caution et non avant. Dans le même sens : H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Sûretés, Publicité foncière*, Montchrestien, 7^e éd., par Y. PICOD, n°51-2, qui font remarquer que la jurisprudence ne s'embarrasse plus des qualifications de mandat ou de gestion d'affaires pour qualifier les recours après paiement de la caution.

¹ CABRILLAC, MOULY et PÉTEL, *Droit des sûretés*, Litec, 2010, n°270.

² Civ. 1, 2 juin 1992 n°90-19374, P, *JCP G* 1992 I 3632 obs. M. BILLIAU, *D.* 1992 somm. 407 obs. P. DELEBECQUE. Civ. 1, 17 nov. 1993 n°91-19443, P, *RTD civ.* 1994 p. 609 obs. J. Mestre.

³ Civ. 1, 4 avr. 2001, n°98-13285, P, *D.* 2001, p. 1824, M. BILLIAU, *RTD civ.* 2001, p. 699, N. MOLFESSIS.

⁴ Civ. 1, 15 mai 1990 n°88-17572, P ; *D.* 1991.538, note G. VIRASSAMY ; *JCP éd. G* 1991.II.21628, note B. Petit.

⁵ D. LEGEAIS, « La date de naissance de la créance de recours de la caution solvens », *LPA* 9 nov. 2004 n°224 p. 57 spéc. I. B. où, après avoir présenté la date de naissance de la créance au jour du paiement, l'auteur en décline les inconvénients.

L'art. 2309 du Code civil¹ autorise dans certaines conditions la caution à agir contre le débiteur principal avant même d'avoir payé le créancier « *pour être par lui indemnisée* ». La caution disposerait ainsi d'une créance d'indemnité avant paiement qui lui permettrait d'obtenir du débiteur le paiement de la dette principale². Puisque la caution n'a pas encore payé, à quelle date pourrait être fixée la naissance de sa prétendue créance de recours avant paiement, si ce n'est à la date du contrat de cautionnement. C'est d'ailleurs la solution adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt du 3 février 2009³.

Le recours avant paiement constitue lui aussi un recours personnel par opposition au recours subrogatoire. Or, comme le remarque Dominique Legeais⁴, s'agissant tous deux de recours personnels, les recours avant paiement que nous avons examinés précédemment et le recours après paiement doivent vraisemblablement recevoir des fondements identiques. Du fondement identique à une date de naissance identique de la créance, il n'y a qu'un pas que la jurisprudence a visiblement d'ores et déjà franchi. Autrement dit, l'existence d'un recours avant paiement dont on suppose qu'il serait identique au recours après paiement a sans doute contribué lui aussi à fixer la date de naissance de la créance de recours de la caution solvens à la date du contrat de cautionnement. Ce troisième facteur nous apparaît erroné à tout point de vue.

En premier lieu, malgré la jurisprudence⁵ qui semble aujourd'hui aller en ce sens, nous pensons à l'instar de la doctrine majoritaire que l'emploi du verbe « indemniser » par le Code civil n'est qu'une erreur que la prétendue créance d'indemnité n'existe en réalité pas⁶.

La doctrine majoritaire considère que ce recours avant paiement ne permet à la caution que d'obtenir des mesures conservatoires ou une décharge de son obligation⁷. Mais, comme tout le monde semble

¹ Anc. art. 2032 du Code civil.

² CA Paris 2 mars 1971, *GP* 1971, 2, p. 824, p. 602, Y.H. FRUGIER.

³ Com. 3 févr. 2009 n°06-20070, P : « *la créance de la caution qui agit avant paiement contre le débiteur principal, sur le fondement de l'article 2039 du Code civil, prend naissance à la date de l'engagement de caution...* ». L'arrêt exclut par là même le jour de l'assignation en paiement qui constitue l'une des conditions exigées par l'art. 2309 du Code civil.

⁴ D. LEGEAI, « La date de naissance de la créance de recours de la caution solvens », *Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances*, op. cit., p.57, spéc. p. 60.

⁵ Voir par exemple civ. 1, 25 mai 2005 n°04-11622, P qui admet l'exercice avant paiement d'une action oblique de la caution à l'encontre de l'assureur du débiteur principal : « *Poursuivi en paiement par le Crédit du Nord, M. X (la caution) disposait, avant même d'avoir payé, d'une créance personnelle d'indemnité contre les héritiers d'Annie Y (le débiteur principal), de sorte que, du chef de cette créance, il était recevable à agir, par la voie oblique, contre la compagnie d'assurance, en exécution du contrat d'assurance groupe auquel Annie Y avait adhéree* ».

⁶ La recherche historique évoque la responsabilité en matière de cautionnement, mais son examen n'aboutit pas pour autant à valider l'existence avant paiement d'une créance d'indemnité de la caution à l'encontre du débiteur principal. Une origine délictuelle a pu être attribuée à la toute première institution romaine assimilable à une caution : lorsqu'un parent payait pour éviter au délinquant les peines encourues ou encore, utilisant la théorie allemande dualiste de l'obligation pour dire que le débiteur était tenu de la schuld, de la dette, tandis que la haftung, la responsabilité, incombait à la caution (J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, n°445 et 745). Mais le raisonnement en termes de délit servait à expliquer l'obligation de la caution à l'égard du créancier, pas le recours de la caution à l'égard du débiteur dont il n'était ici pas question. Une base délictuelle ne fut utilisée pour fonder ce recours que bien plus tard, à l'époque barbare, dans la loi des Burgondes (la loi Gombette), où la caution qui avait payé avait un recours contre le débiteur pour l'obliger à rembourser le double ou le triple de la dette (Ibid n°753). Mais là encore, même s'il s'agit du recours récursoire, il n'y a pas correspondance avec le recours étudié car, d'une part, il s'agissait d'un recours après paiement et non pas avant, d'autre part, la base délictuelle était entendue comme une sanction à l'encontre du débiteur principal et non comme une réparation au bénéfice de la caution.

⁷ Pour J. FRANÇOIS, l'obtention par la caution du paiement du débiteur avant qu'elle n'ait elle-même payé le créancier est « *rigoureusement inacceptable* » et la thèse des seules mesures conservatoires apparaît « *raisonnable* ». L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, Def. 2003, n°166 : « *on a bien du mal à expliquer que l'indemnisation du risque soit égale au préjudice, qui n'est qu'éventuel* ».

s'accorder sur la pression que génère ce recours à l'encontre du débiteur¹, il nous semble plutôt qu'il devrait permettre à la caution de contraindre le débiteur de payer le créancier et non pas la caution et qu'en cas de refus de paiement de la part du créancier la caution se trouverait déchargée. D'ailleurs, les auteurs qui sont pour le paiement de la caution invoquent la réparation du risque encouru par cette dernière. Or, s'il est vrai que la responsabilité remplit aujourd'hui une fonction préventive, c'est oublier que les arrêts rendus en la matière condamnent à des prestations consistant à faire cesser le risque en question, ce qui en l'espèce correspondrait bien au paiement du créancier par le débiteur afin de faire disparaître le risque qu'encourt la caution. Autrement dit, ces auteurs oublient que le principe demeure en droit français la réparation en nature, qu'un cas de responsabilité ne débouche pas nécessairement sur le paiement d'une indemnité à la victime.

En second lieu, l'examen des arguments en faveur² d'une condamnation du débiteur au paiement de la caution ne conduisent pas à fixer la date de naissance de la créance au jour du contrat de cautionnement. M. Frugier explique que les sûretés et la décharge nécessite le consentement du débiteur et que, si celui-ci ne le donne pas, alors le juge ne peut que le condamner à payer la caution. Indépendamment des critiques auxquelles se prêterait cette argumentation, il résulte d'elle que la créance de la caution naîtrait d'un second jugement de condamnation³ faisant suite à un premier resté sans suite. Naissant du jugement de condamnation d'après cette argumentation, la créance ne naît donc pas du contrat de cautionnement.

En dernier lieu, et si l'existence d'une telle créance avant paiement devait être admise, elle naîtrait d'après nous nécessairement à la date de la condition factuelle exigée par l'article 2309 du Code civil, condition sans laquelle le recours n'existerait pas et dont la survenance n'est jamais certaine tant qu'elle ne survient pas. Cette incertitude quant à la survenance de l'événement, à l'image du raisonnement applicable pour distinguer le terme de la condition, marque en effet le signe de l'inexistence de la créance concernée. Ainsi, si cette créance devait exister sur la base de la fiction légale érigée par le texte, elle naîtrait à la date qu'avaient déterminé les juges du fond avant que leur arrêt ne soit cassé, à la date d'accomplissement de la condition exigée par le texte, en l'espèce à la date de l'assignation de la caution par le créancier et non pas à la date du contrat de cautionnement.

475. Au-delà de l'existence d'un recours avant paiement, c'est semble-t-il le désordre qui règne en matière de recours personnel de la caution. Face aux incertitudes cumulées du fondement du recours personnel après paiement, de l'existence et de l'objet du recours personnel paiement, auxquels s'ajoute la dichotomie ou l'identité des recours avant et après paiement, il y a effectivement de quoi perdre pied. Et, devant cet abyme, le dogme de la thèse classique paraît à la fois simple et sécurisant,

¹ Notamment, P. SIMLER, qui observe que l'action avant paiement constitue « *une utile moyen de forcer indirectement le débiteur à payer le créancier* » : P. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec 3^e éd. 2000, n°612.

² M. CABRILLAC et C. MOULY évoquent la « *plasticité* » du fondement indemnitaire pour l'approuver (*Droit des sûretés*, Litec, op. cit., n°278). Y. PICOD reprend succinctement l'argumentation de M. FRUGIER, l'indemnisation du risque encouru par la caution (*Sûretés Publicité foncière*, Montchrestien, n°51-6).

³ Obs sous CA Paris 2 mars 1971, op. cit : « *Ce sera le juge qui, en reconnaissant la créance de la caution, la rendra à la fois actuelle et liquide* ». Certes le participe présent de reconnaître évoque le jugement déclaratif donc la pré-existence de la créance, mais si le jugement la rend actuelle, c'est qu'elle ne l'est pas avant et si elle ne l'est pas, c'est bien nous semble-t-il qu'elle n'existe pas avant le jugement.

sécurisant par sa répétition et son apparente certitude, simple parce que, dans le doute, il apparaît effectivement plus simple de fixer la date de tous les recours non subrogatoires de la caution au jour du contrat de cautionnement.

476. Les développements se sont limités au cautionnement, mais le raisonnement peut être transposé à toute obligation de rembourser. Dans un arrêt du 30 juin 2004¹, il ne s'agissait plus d'une caution mais d'un codébiteur solidaire qui avait acquitté la dette et se retournait contre son comparse. Les juges du fond avaient fixé la date de naissance de cette créance au jour du paiement. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel en énonçant que la créance était « *née de l'engagement solidaire* » et donc « *avait son origine antérieurement à l'ouverture de la procédure collective* », ce pour quoi elle était éteinte pour ne pas avoir été déclarée. Il y a bien fausse datation de la naissance de la créance pour l'exclure le créancier du privilège de l'ancien article 40, car celle-ci ne pouvait naître avant le paiement qui en constituait en réalité le fait générateur.

477. L'habitude du dogme a permis dans les différentes décisions étudiées à une fausse datation de la créance au jour du contrat alors qu'elle était en réalité née après. Cette fiction sous couvert d'une instrumentalisation de la date de naissance de la créance, sans doute pour renforcer l'apparence de certitude des décisions de justice, est déjà en soit contestable. Mais deux remarques permettent d'aller plus loin dans la critique.

Il a été vu que ces fausses datations au jour du contrat par application du dogme se justifiaient en principe par des considérations opportunistes propres au droit des entreprises en difficulté. Mais cette justification nous apparaît infondée pour certaines de ces solutions qui devraient dès lors simplement disparaître. Ainsi, la datation au jour du mandat permet certes d'exclure du privilège de procédure les créances de commissions pour des ventes pourtant conclues après le jugement d'ouverture. Mais ces ventes représentent du chiffre d'affaires pour l'entreprise en redressement. Elles ne se seraient sans doute pas produites sans l'agent commercial. Dès lors, non seulement la solution n'est pas juste vis-à-vis de celui-ci, mais en plus elle n'est pas conforme à l'esprit de la loi car la vente conclue a bénéficié à la procédure en apportant du chiffre d'affaires à l'entreprise en difficulté. Cette politique jurisprudentielle ne motive donc pas les agents commerciaux à apporter des affaires à l'entreprise en procédure collective. Elle est par conséquent défavorable au redressement de l'entreprise².

Il en va de même pour le contrat de prêt. Certes la banque consent avant l'ouverture de la procédure, mais les fonds parviennent à l'entreprise durant la phase de redressement. Or, une arrivée d'argent frais durant la période d'observation ne peut que favoriser ce redressement. Il n'apparaît dès lors ni juste ni approprié d'exclure la créance de restitution de ces fonds du privilège de procédure.

¹ Com. 30 juin 2004 n°01-14086 FS-P+B, D. 2004, p. 2156, RTD com. 2005 p. 171, obs. A. MARTIN-SERF.

² L'argument est dirimant, mais il n'est pas le seul. La solution conduit en outre à des aberrations pratiques. Imaginons un commerçant qui signe dix contrats non-exclusifs avec autant d'agents immobiliers. Tous devront alors déclarer leurs créances éventuelles de commissions, gonflant fictivement le passif de la procédure.

Pour achever de convaincre de l'inopportunité en fait de ces solutions, il suffit d'observer que la réforme de 2005 ne leur est pas favorable. Les ventes passées par l'agent commercial et l'argent prêté par la banque sont utiles au redressement et ne seront donc pas exclues du privilège par le nouveau critère téléologique¹. Le seul moyen de continuer à les exclure sera de maintenir cette fausse date de naissance puisque ce critère chronologique n'a pas disparu. Concernant la banque, l'esprit ayant conduit à l'instauration d'un nouveau privilège de l'argent frais ne va pas non plus dans le sens d'exclure le banquier qui promet avant l'ouverture de la procédure mais ne remet les fonds qu'après.

Même la jurisprudence visant à exclure la créance de restitution consécutive de la mise en œuvre des nullités de la période suspecte peut être contestée dans sa justification opportuniste. Il s'agit des nullités prononcées sur le fondement de l'article L. 621-107 du Code de commerce, acte unilatéral ou contrat gravement déséquilibré en faveur du cocontractant, ainsi que de l'article L. 621-108 du même Code, connaissance des difficultés de l'entreprise. Ne faudrait-il pas distinguer ? Si la mauvaise foi et la fraude justifient nettement l'exclusion de tout privilège concernant les cas visés par l'art. L. 621-107, tel n'est pas le cas de l'art. L. 621-108. La seule connaissance des difficultés ne permet pas de préjuger de la bonne ou mauvaise foi des parties, ni même du caractère avantageux ou non du contrat pour l'entreprise en difficulté. Bien au contraire, le cocontractant devrait être félicité et non pas sanctionné pour avoir pris le risque de contracter avec une entreprise connaissant une passe difficile.

Finalement, seules les créances de recours personnel de la caution et de restitution consécutive aux seuls cas de nullité de la période suspecte fondés sur les art. L. 621-107 du Code de commerce se justifient. Les autres n'ont pas lieu d'être.

478. N'est-ce pas la technique utilisée pour parvenir à ces résultats qui a fini par prendre plus d'ampleur que voulu ? En usant du dogme à des fins opportunistes, la jurisprudence aurait pris l'habitude de l'appliquer sans réfléchir à l'opportunité qui justifiait auparavant son utilisation. Il faut traiter le mal à la racine. C'est avant tout la technique utilisée sur laquelle il convient de revenir, une fausse date de naissance appuyée sur un dogme erroné. Cette technique est contestable. Elle est dangereuse pour la cohérence d'ensemble du système de droit privé. D'autres moyens moins nocifs et plus appropriés auraient pu être utilisés.

Les cas justifiables précités pourraient se fonder sur une interprétation téléologique des textes par la jurisprudence tant ils semblent aller de soi. Une modification des textes en ce sens serait certes encore mieux, à l'image de ce que fit le législateur en 1994 pour les créances d'indemnité de résiliation de contrats non poursuivis, en édictant expressément que ces créances doivent être traitées comme des créances antérieures². D'ailleurs le droit du surendettement comporte une disposition spéciale concernant les cautions. L'art. L. 331-5 dernier alinéa du Code de la consommation dispose en effet que « *la suspension provisoire ... interdit au débiteur de ... payer ... une créance ... née antérieurement à cette décision, de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement...* ». Enfin, dans les deux domaines, le dispositif devrait concerner tout paiement par

¹ Contra A. LIENHARD et A. MARTIN-CERF, obs. précitées qui estiment que le critère téléologique permettra l'exclusion de toutes les créances de restitution. Cela n'est pas si évident il nous semble car si la chose donnée durant la période de redressement est utile à ce dernier, le critère téléologique ne devrait pas s'opposer à l'application du privilège. D'où l'on voit qu'à tout le moins c'est l'insécurité juridique plus que des solutions qu'apporte ce nouveau critère.

² Art. L. 622-13 al. 5 du Code de commerce : « *si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin..., l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts dont le montant doit être déclaré au passif...* ».

autrui des dettes antérieures du débiteur et non le seul cautionnement car c'est au fond la transmutation en dette postérieure d'une dette antérieure via le paiement par autrui qui doit être bloquée.

479. Il a dû paraître commode aux magistrats de dater les naissances des créances aux jours des contrats, mais le caractère disproportionné du moyen utilisé leur a sans doute échappé. Pour régler un point particulier du droit très spécial des entreprises en difficulté, les juges altèrent un concept fondamental et éminemment transversal du droit privé, le droit subjectif personnel, la créance altérée dans le moment de sa naissance. Cette altération du concept fondamental de créance ne fait que renforcé l'aspect dogmatique de la thèse classique. À force de répétition, il finit par aboutir à de nouvelles datations erronées au jour du contrat de la naissance des créances, mais cette fois-ci de façon inconsciente et dès lors sans aucune chance d'être justifiées par des considérations opportunistes.

2/ Les erreurs inconscientes

480. Par la force de l'habitude, le dogme d'une naissance systématique au jour du contrat a fini par s'imposer dans des situations où son application heurte pourtant le bon sens. C'est dès lors sans surprise qu'il se retrouve appliquée de façon inconsciente et non plus instrumentalisée. De fauses dates de naissance erronées apparaissent ainsi sans l'ombre d'une justification opportuniste (a) et facilitent au passage l'émergence de vives controverses qui n'auraient pas jailli sans l'existence du dogme (b).

a) La datation erronée sans justification opportuniste

481. Les solutions sont toujours rendues sur le terrain du droit des entreprises en difficulté. Mais la considération opportuniste visant à réduire le volume des créanciers de l'ancien article 40 n'est plus là pour justifier une fausse datation au jour du contrat. L'application du dogme n'est dès lors plus une spécifique du droit des entreprises en difficulté.

Dans un arrêt du 12 janv. 1982¹, la Cour de cassation fixe la date de naissance de la créance d'indemnité issue de la mise en œuvre de la garantie des vices cachés au jour du contrat de vente et casse l'arrêt d'appel qui l'avait datée au jour où l'acquéreur avait eu connaissance du vice. La garantie légale des vices cachés n'est pas la seule concernée, les clauses conventionnelles de garantie le sont aussi. Dans un arrêt du 4 juillet 2001², la Cour de cassation fixe aussi la créance de mise en œuvre d'une clause de garantie minimale de loyer à la date du contrat.

¹ Com. 12 janv. 1982 n°80-16966, P, pour une solution similaire avant la loi de 1985 : « la créance née de la garantie des vices cachés a son origine au jour de la conclusion de la vente ». Cette date de naissance fut par la suite confirmée : com. 7 juillet 1992 n°90-21814, inédit, com. 8 juin 1999 n°96-18840, P.

² Civ. 3, 4 juill. 2001 n°99-21200, inédit.

Ces datations au jour du contrat apparaissent erronées. Patrice Jourdain estime « *injustifiable* » la solution quant à la garantie des vices cachés et propose comme date de naissance celle du transfert de propriété¹. Messieurs Ghestin, Desché et Huet proposent quant à eux la date du transfert des risques².

Il nous semble que la naissance de cette créance se situerait plutôt au jour de la livraison. En effet, avant cette date, il n'est pas sûr que la chose viciée entrera en la possession de l'acquéreur ou que le propriétaire de remédiera pas au dit vice. Après cette date, il est certain que le vice, s'il est découvert, pénalisera l'acquéreur et donnera qui pourra exercer son action. C'est d'ailleurs à cette date de livraison que doit être appréciée la condition d'antériorité du vice dans la mise en œuvre de la garantie³. La jurisprudence n'est peut-être pas univoque, mais la solution découle de l'art. 1642 du Code civil selon lequel « *le vendeur n'est pas tenu des vices apparents* ». Or, pour que les vices soient apparents, encore faut-il que l'acheteur ait pu les voir, donc lors de la livraison. En outre cette solution proposée correspond également à la fonction de protection de l'intérêt économique de l'utilisateur, de l'utilité économique de la chose, telle que définie par Jérôme Huet⁴ car l'utilité se réfère à la possession consécutive de la livraison, nonobstant la date de transfert de la propriété ou des risques.

Quoi qu'il en soit, la date adoptée par la Cour d'appel ne peut qu'être rejetée, celle de l'apparition du vice. Ce n'est pas parce que le titulaire d'un droit n'a pas conscience de son existence que cette créance n'existe pas pour autant.

482. Bien qu'erronée, la date fixée par la Cour de cassation apparaît indifférente en l'espèce. Il s'agissait toujours de l'application de l'ancien article 40 en droit des entreprises en difficulté. De postérieure d'après la date fixée par la Cour d'appel, la créance se retrouve antérieure par l'arrêt de cassation et du même coup éteinte pour défaut de déclaration. Seulement, il est fort à penser que la solution eut été la même si la date réelle de naissance de la créance avait été adoptée. En effet, que ce soit la livraison, le transfert de propriété ou celui des risques, ces événements sont généralement⁵ bien plus proches du contrat de vente que de la découverte du vice, ce pourquoi il est très probable qu'ils se seraient tous situés en l'espèce également avant le jugement d'ouverture⁶. La créance aurait donc été dans tous les cas antérieure audit jugement⁷.

¹ Date qui correspond à la livraison uniquement pour les choses de genres individualisées lors de cette livraison. Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, op. cit.

² J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats, La vente*, LGDJ 1990 n°735. J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ 2001, n°271.

³ Com. 8 juillet 1981 n°79-13110, P.

⁴ Op. cit. n°11279 et 11297.

⁵ Certes, il est toujours possible que l'ouverture d'une procédure collective s'intercale entre la date du contrat de vente et celle de la livraison, du transfert de la propriété ou des risques.

⁶ Tel n'était pas le cas pour la clause conventionnelle de garantie dans l'arrêt de 2001 où la date réelle de naissance se situait bien après le jugement d'ouverture, la date où les conditions de mise en œuvre pouvaient ou non être remplies, tandis que la fausse date fictive du contrat était quant à elle antérieure. Cet arrêt relève donc peut-être davantage d'une fausse datation volontaire au jour du contrat pour diminuer le volume des créanciers de l'art. 40. Cela ne change cependant rien à la démonstration, notamment ici concernant le 1^{er} arrêt sur la garantie des vices cachés.

⁷ Remarquons que toutes les dates y compris celle fixée par la Cour de cassation sont aberrantes sur le plan pratique pour l'acquéreur qui se trouve obligé de déclarer une créance dont par hypothèse il ne connaît pas encore l'existence, ce pourquoi sans doute les juges du fond avait fixé la naissance de la créance à la date de découverte du vice. La solution est donc dans tous les cas sévère pour l'acheteur qui ne bénéficiera pas toujours d'un relevé de forclusion (com. 7 juill. 1992 n°90-21814, inédit). Il nous

Pour cette raison, la fixation erronée de la date ne peut ici se justifier par une considération d'opportunité propre au droit des entreprises en difficulté. Elle ne s'explique que par l'application habituelle d'un dogme lui-même erroné.

Cet exemple permet d'aborder l'amplitude des déviations générées par l'application du dogme qui ne touche pas seulement les créances prévues au contrat stricto sensu, mais atteint également les créances consécutives à l'inexécution ou plutôt à la mauvaise exécution du contrat. La créance issue de la garantie des vices cachés présente de fortes similitudes avec celle issue d'un cas de responsabilité contractuelle¹ car la connaissance du vice de la chose qui permet d'obtenir la réparation du préjudice subi correspond bien avec une faute contractuelle². De là on pressentira qu'il n'y a pas de raison que la créance de responsabilité contractuelle échappe à l'influence néfaste du dogme de la thèse classique.

b) Le soutien erroné du courant anti responsabilité contractuelle

483. Il s'agit ici de soulever une tendance à fixer la date de naissance de la créance de réparation issue de la responsabilité contractuelle à la date du contrat violé et non pas à la date de l'inexécution. Il y a là encore datation erronée de la naissance de la créance, cette erreur ne pouvant provenir que du dogme de la thèse classique qui ramène la naissance de toute obligation contractuelle à la date du contrat. Qu'on en juge plutôt, cela implique que **l'auteur de la violation est obligé de réparer avant même d'avoir commis la moindre violation du contrat, voire avant même de devoir exécuter le contrat** si un terme reportant l'exigibilité avait été stipulé. La solution est tout aussi incongrue du côté de la victime qui devrait déclarer sa créance de réparation alors même que le contrat n'est pas encore exécuté et que ladite créance n'est en réalité qu'une expectative.

Ces seules considérations de bon sens devraient suffire à convaincre qu'une telle datation ne peut être qu'erronée. Pourtant, une partie du droit positif au sens large, incluant l'état des réflexions doctrinales, invite à prendre pour acquise cette date de naissance au jour du contrat. Cette tendance n'existerait pas sans le dogme de la thèse classique qui commande de date au jour du contrat la naissance de toute créance en lien avec celui-ci. Le dogme se trouve réciproquement renforcé par l'existence du courant anti-responsabilité contractuelle. En outre, d'autres facteurs de complexification viennent ici encore faciliter son installation et son renforcement.

semble toutefois que la réforme de 2005 a remédié à cet inconvénient en supprimant la sanction de l'extinction. Celle de l'impossibilité de participer aux distributions postérieures apparaît raisonnable, relevant d'un juste équilibre des intérêts en cause.

¹ La garantie des vices cachés relève du droit spécial de la vente tandis que la responsabilité contractuelle relève du droit commun de tous les contrats. La garantie des vices cachés est automatique en cas de vice caché, peu importe l'attitude des parties, au contraire la responsabilité suppose une faute du vendeur et un préjudice de l'acheteur. Le bref délai, aujourd'hui 2 ans, est également symptomatique de la garantie. Les sanctions sont également particulières, annulation ou surtout réduction du prix. D'autres conséquences peuvent être relevées, l'assurance responsabilité couvre la responsabilité contractuelle pas la garantie des vices qui relève de la bonne exécution du contrat... En réalité et de façon plus profonde, la garantie des vices cachés permet de revenir indirectement sur l'acceptation de la marchandise livrée, ce qui ne serait pas possible sans cette garantie légale.

² À cette différence que la jurisprudence présume aujourd'hui irréfragablement la connaissance, la mauvaise foi, la faute contractuelle, dans les cas en pratique les plus fréquents d'une vente effectuée par un professionnel.

Les courants actuels impliquant une date erronée de la créance de réparation issue d'un cas de responsabilité contractuelle proviennent tantôt de la jurisprudence tantôt de la doctrine avec le courant doctrinal contemporain niant l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle.

Courant jurisprudentiel fixant la date de naissance de la créance d'indemnité contractuelle au jour du contrat et non pas au jour de la survenance du dommage :

484. Des arrêts rendus en matière de garantie des vices cachés dans la mise en œuvre de l'ancien article 40 font naître la créance de réparation au jour du contrat. Un arrêt du 7 juill. 1992¹ est tout spécialement remarquable. Dans cette affaire, il s'agissait de la vente d'une remorque dont la défectuosité du crochet d'attelage avait engendré sa rupture et la survenance de dommages subséquents. Pour la Cour d'appel, « *la date de naissance de la créance de dommages-intérêts doit être fixée au jour où le préjudice s'est réalisé, c'est-à-dire au jour de l'accident* ». La Cour de cassation considère au contraire la créance née dès le jour du contrat et casse l'arrêt d'appel². Bien que la créance soit issue de la garantie des vices cachés, il s'agit d'une créance de réparation dont la solution s'étend aux créances de même nature rendue sur le terrain de la responsabilité contractuelle de droit commun.

Des arrêts rendus en matière d'obligation à la dette sociale des associés d'une SCI font également naître la créance de réparation au jour du contrat. Du fait de leur responsabilité indéfinie et solidaire, ces associés peuvent être poursuivis par les créanciers de la société pour le paiement des dettes de cette dernière. Le problème survient en cas de cession de parts sociales de savoir lequel du cédant ou du cessionnaire doit être poursuivi. L'art. L. 211-2 du Code de la construction et de l'habitation dispose que « *les associés sont tenus du passif social sur tous leurs biens à proportion de leurs droits sociaux* ». C'est donc celui des deux qui était associé au jour de la naissance de la créance qui peut être poursuivi. Dans un arrêt du 11 décembre 1984³, une vente de parts sociales s'était intercalée entre la signature d'un contrat de vente en l'état futur d'achèvement avec un client d'une part et la délivrance avec retard et malfaçons d'autre part. L'arrêt met le passif issu de la responsabilité contractuelle de la société pour le retard et les malfaçons à la charge du cédant, choisissant une date de naissance de la créance de réparation au jour du contrat et non pas au jour de son inexécution.

485. Ces solutions sont critiquables. La date de naissance de la créance d'indemnité ne naît pas au jour du contrat. À cette date, l'inexécution et ses conséquences s'avèrent très improbables car les parties souscrivent en prévision de l'exécution. D'ailleurs il n'y a pas contrat si une partie s'engage tout en sachant qu'elle ne tiendra pas son engagement. La preuve en est que la jurisprudence opte bien par ailleurs pour une date de naissance au jour du dommage généralement concomitant de l'inexécution.

¹ Com. 7 juillet 1992 n°90-21814. Voir également com. 8 juin 1999 n°96-18840 reprenant le même attendu de principe en chapeau interne et com. 12 janv. 1982 n°80-16966 pour une solution similaire avant la loi de 1985.

² « Attendu que la créance née de la garantie des vices cachés a son origine au jour de la conclusion du contrat de vente et non pas au jour de la révélation du vice ».

³ Civ. 3, 11 déc. 1984 n°83-15728, P.

486. Il est paradoxal de constater qu'un **rejet de cette date de naissance** peut être trouvé en droit des entreprises en difficulté dans la mise en œuvre de l'ancien article 40. Avant l'instauration par la réforme de 1994¹ de l'actuel art. L. 622-13 al. 5 du Code de commerce², les créances d'indemnité de résiliation des contrats non continués par l'administrateur bénéficiaient du privilège de l'art. 40 en tant que créances postérieures³. C'est donc bien que ces créances ne naissent pas du contrat antérieur⁴ et que l'article précité instaure en réalité une fiction légale commandant de traiter ces créances pourtant postérieures comme des créances antérieures⁵. D'ailleurs les autres créances de réparation pour inexécution contractuelle, celles qui ne proviennent pas de la résiliation du contrat par l'administrateur, ne sont pas soumises à l'article et naissent bien quant à elles de la date d'inexécution et non pas de la date du contrat. Ainsi en va-t-il de la créance du bailleur pour dégradation ou incendie du fait du preneur⁶. Est particulièrement évocateur de cette dichotomie de régime selon que la créance repart la résiliation par l'administrateur ou une faute contractuelle un arrêt du 18 septembre 2007⁷ où le cocontractant de l'entreprise en difficulté était créancier des deux types de créances.

487. En droit des successions, la jurisprudence rejette une date de naissance au jour du contrat pour l'indemnité de licenciement⁸. Celle-ci naît la notification du licenciement et non pas au dernier jour

¹ L. 10 juin 1994. Voir à ce sujet M.-H. MONSERIE-BON, « Période d'observation », *Rép. Dalloz Entreprises en difficulté*, févr. 2007, n°159.

² Art. L. 622-13 al. 5 du Code de commerce : « si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat ou y met fin ..., l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts dont le montant doit être déclaré au passif... ».

³ Com. 3 mai 1994, P. D. 94 IR 157 : « la créance née de la résiliation d'une convention prenant naissance, sauf dispositions contraires, au jour de celle-ci, ... l'indemnité contractuelle de résiliation relève des dispositions de l'art. 40 de la loi du 25 janvier 1985, lorsque l'administrateur ... résilie le contrat après l'avoir poursuivi... ».

⁴ Pourtant en sens contraire :

J. VALLANSAN, « Redressement et liquidation judiciaire, déclaration et admission des créances », *J.Cl.*, fasc. 2500, n°42 : « Détermination de la date de naissance de la créance... s'agissant des actions ... en responsabilité contractuelle, c'est la date du contrat qui doit être prise en considération... ».

A. JACQUEMENT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec 3^e éd. 2003, n°308 : « l'état de redressement judiciaire n'est jamais un cas de force majeure. Le cocontractant a donc droit à des dommages-intérêts qui, trouvant leur origine dans un contrat conclu avant l'ouverture du redressement judiciaire, constituent une créance antérieure au jugement et soumise à déclaration ».

⁵ Com. 15 oct. 2002 n°00-10898, P. Com. 29 oct. 2002 n°99-21347, inédit : « ces créances d'indemnités et pénalités subséquentes à la résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi ... sont soumises à déclaration ... comme (et non pas en tant que) les créances antérieures au jugement d'ouverture ».

En ce sens, G. BLANC, obs. sous com. 29 oct. 2002, *Rev. proc. coll.* 2003, chron. p. 150, spéc. n°8.

⁶ C'est la date des dégradations ou de l'incendie qui constitue la date de naissance de « la créance d'indemnité relative à la remise en état des locaux ». La créance entre donc bien dans les prévisions de l'art. 40 lorsque l'incendie est intervenu postérieurement au jugement d'ouverture et le pourvoi doit donc être rejeté (com. 5 févr. 2002 n°99-19425, inédit). Et les juges du fond, pour refuser le paiement pour défaut de déclaration, doivent rechercher si les dégradations ont été commises avant (com. 9 juill. 2002 n°99-13579, inédit) ou, ce qui revient au même, après (com. 15 oct. 2002 n°99-18914, inédit) le jugement d'ouverture, sans quoi leur arrêt doit être cassé pour défaut de base légale.

⁷ Com. 18 sept. 2007 n°06-13824, P. Le moyen reproche à l'arrêt d'avoir condamné le preneur à payer à la bailleuse d'avions diverses sommes au titre d'indemnités contractuelles pour défaut d'entretien et pour manque à gagner suite à la non continuation du contrat. La première branche du moyen est rejetée car « la créance de réparation était née postérieurement au jugement d'ouverture et constituait une créance de l'article L. 621-32 du Code de commerce » (anc. art. 40). Mais l'arrêt est cassé sur l'autre branche afférente à la prétendue indemnité de manque à gagner car cette créance « équivaut à une créance au titre de la résiliation de ces contrats, exclue de la priorité de paiement instituée par l'article L. 621-32 (...) et doit être déclarée au passif de la procédure ». L'arrêt n'expose pas que la créance d'indemnité est née avant l'ouverture de la procédure, au jour du contrat, pour en déduire que la créance ne relève pas de l'art. L. 621-32, mais énonce directement l'existence d'une exclusion (expresse de la loi) fondée sur la nature des dommages-intérêts (réparant la résiliation du contrat).

⁸ L'utilisation de l'indemnité de licenciement en matière de responsabilité contractuelle appelle des précisions en ce que nous avons déjà utilisé cette créance en matière de créances contractuelles prévues au contrat. C'est qu'une clause pénale est prévue au contrat, mais pour indemniser forfaitairement un cas d'inexécution du contrat. Elle remplit donc les fonctions de réparation de la responsabilité contractuelle. Les dispositions légales ou des conventions collectives concernant le licenciement pour cause réelle et sérieuse s'assimilent en tout point à une clause pénale. Il y a lieu de distinguer pour l'indemnité de licenciement. Dans tous les

d'exécution du contrat, la fin du préavis, pour conclure qu'en cas de décès du salarié en cours de préavis, les héritiers reçoivent par dévolution ladite créance d'indemnité conventionnelle de licenciement¹. En effet, si elle naissait de l'issue du préavis, alors elle ne serait pas née au jour de la dévolution et les successibles ne pourraient la recevoir en héritage. Bien que la solution aurait été la même avec une naissance au jour de la signature du contrat de travail également antérieur au décès, ce n'est pas pour cette date qu'opte la Cour de cassation.

488. Similairement en droit des régimes matrimoniaux, la date de naissance de la même créance d'indemnité de licenciement est également fixée à la date de la notification du licenciement, pour dire que la créance d'indemnité constitue en totalité une créance commune, peu importe qu'elle soit calculée en considération d'une ancienneté partiellement acquise avant mariage². Dans cette affaire, si la naissance avait été fixée au jour du contrat, alors la créance aurait été au contraire en totalité propre à l'époux licencié³.

489. Enfin, un rejet de la naissance au jour du contrat peut également être relevé en matière de compensation dans un arrêt du 10 juill. 1996⁴. Dans cette affaire, un maître de l'ouvrage entend opposer à l'action directe du sous-traitant une extinction de sa dette par sa compensation avec une créance d'indemnité pour malfaçons à l'encontre de l'entrepreneur principal. Alors qu'il s'agissait à l'évidence d'une compensation de dettes connexes ne nécessitant ni la liquidité ni l'exigibilité des créances, l'arrêt d'appel rejetait la thèse de la compensation pour défaut de base légale. C'est de cette cassation pour défaut de base légale que se déduit le rejet d'une naissance de la créance de réparation au jour du contrat. En effet, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la créance d'indemnité n'était pas certaine à la date d'exercice de l'action.

cas, excepté celui de faute lourde ou grave, le licenciement donne lieu à l'indemnité légale ou conventionnelle prévue par la loi, la convention collective ou le contrat. Mais si le licenciement est sans cause réelle et sérieuse, alors il y a en plus mise en œuvre de la responsabilité contractuelle avec une condamnation de l'employeur à une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'explication apparaissait nécessaire, mais cela ne fait pas de différence du point de vue de la date de naissance de la créance : aucune de ces deux créances ne naissent du contrat, les deux naissent au jour de survenance du licenciement, au jour de sa notification. La différence résulte dans le calcul, l'une est fonction des dispositions légales ou conventionnelles, l'autre est assise sur le préjudice réel subi par le salarié du fait de son licenciement, ce pourquoi d'ailleurs les deux se cumulent en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

¹ Soc. 1^{er} févr. 1983 n°80-41766, P : « *que l'indemnité conventionnelle de congédiement avait pris naissance au jour du licenciement et par l'effet de sa notification, ... que l'élément générateur de l'indemnité était le congédiement* ».

² Civ. 1, 3 févr. 2010, n°09-65345, P. Également en ce sens : soc. 23 mai 1984 JurisData 1984-701049 et CA Paris 17 sept. 1998 JurisData n°1998-023683 et n°1998-993280 décision p. 4, D. 1998 inf. rap. p. 221. Pour l'indemnité de clientèle d'un VRP : civ. 1, 13 oct. 1998, n°96-20178 inédit : « *si l'indemnité de clientèle versée à un VRP ... tombe en communauté, c'est à la condition que le contrat de travail ait été rompu pendant la durée du régime* », ce qui confirme bien que la créance naît de la rupture du contrat de travail et non pas du contrat de travail lui-même. CA Dijon 4 févr. 2003 JurisData 2003-208990 décision p. 5 : l'indemnité conventionnelle de licenciement était commune, la Cour ne suit pas l'argumentation suivant laquelle elle indemnise essentiellement le préjudice de perte d'emploi couvert est essentiellement futur donc essentiellement postérieur au mariage. La Cour d'appel de Versailles ne semble pas être d'accord, CA Versailles 29 janv. 2004 JurisData n°2004-248286 : alors que le licenciement était postérieur à la date de prise d'effets du divorce entre les époux, la Cour réintègre, à tort d'après nous, dans l'actif commun la part d'indemnité correspondant à l'ancienneté acquise durant la communauté légale. CA Versailles 21 janv. 1993, D. 1995 somm. p. 40 obs. F. LUCET, RTD civ. 1994 p. 404 et 407, B. VAREILLE : cette fois-ci le licenciement est prononcé durant la vie commune, mais la Cour limite le caractère commun de l'indemnité au prorata de l'ancienneté acquise durant la vie commune.

³ A fortiori au regard d'autres arrêts qualifiant l'indemnité de commune bien qu'elle soit censée indemnisée principalement la perte de revenus futurs : CA Colmar, 4 sept. 2008, JurisData 2008-009330. Et il en va de même pour une indemnité d'assurance perte d'emploi : Civ. 1, 3 févr. 2010 n°08-21054, P.

⁴ Civ. 3, 10 juill. 1996, n°94-22085, P.

Or, nous savons que, derrière la certitude de la créance, derrière une « créance certaine » se cache la simple existence de la créance¹. Autrement dit, la Cour reproche à l'arrêt d'appel de ne pas avoir recherché si la créance de réparation n'existait pas déjà au jour de l'exercice de l'action. Ceci implique que la créance de réparation puisse naître avant, mais aussi après l'exercice de l'action².

Or, si la créance de réparation naissait systématiquement au jour du contrat, comme y pousserait le dogme de la thèse classique, alors elle naîtrait systématiquement avant l'exercice de l'action puisqu'on voit mal l'action directe du sous-traitant être exercée avant même la signature du contrat principal souscrit entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal³.

Il s'ensuit que, si la créance d'indemnité naissait automatiquement du contrat violé, alors elle naîtrait de facto toujours avant l'exercice de l'action et l'arrêt n'aurait pas été cassé pour défaut de base légale, il y aurait eu rejet du pourvoi avec substitution de motifs. C'est en cela que la cassation pour défaut de base légale nous montre que la créance d'indemnité ne naît pas systématiquement du contrat. Le dogme inspirant les solutions datant la créance de réparation au jour du contrat se trouve donc bien contredit par cet arrêt.

490. Les arrêts critiqués qui situent de façon erronée la date de naissance de la créance d'indemnité de responsabilité contractuelle au jour du contrat reposent sur l'habitude et la force du dogme de la thèse classique.

L'arrêt sur la garantie des vices cachés pourrait s'expliquer par une politique de réduction du volume des créanciers de l'ancien article 40 puisque l'application de la véritable date de naissance, celle de survenance du dommage, conduisait à lui faire bénéficier du privilège de la procédure. Toutefois, il a été vu que d'autres arrêts optaient tout de même pour cette date de naissance au jour du contrat dans des hypothèses où la véritable date de naissance était indifférente.

Plus ennuyeux, concernant l'arrêt sur les associés de la SCI, la solution apparaît contestable en opportunité également. Sorti de la société, le cédant n'est plus en position pour veiller à la bonne exécution des contrats souscrits à son époque. Seul le cessionnaire peut veiller à cette dernière. Il apparaît donc plus cohérent que ce soit celui-ci qui réponde d'une mauvaise exécution, afin qu'il se sente concerné par la bonne exécution des contrats souscrits avant son entrée.

¹ Cf. supra n°40.

² Attention, l'action directe du sous-traitant est généralement à tort trop rapidement présentée comme une action directe parfaite affectant la créance de prix dès sa naissance. Tel n'est pas le cas exactement le cas. En réalité, la loi fait de cette action une action imparfaite, mais elle pose des conditions à la mobilisation de ladite créance. Seulement ces conditions ne sont jamais remplies et la jurisprudence sanctionne cela par l'inopposabilité de la mobilisation à l'égard du titulaire de l'action directe. C'est par ce chemin détourné que l'action se trouve présentée comme parfaite. Seulement, cette inopposabilité ne concerne que les cas de mobilisation de la créance, elle ne concerne pas les cas d'extinction de la créance pour lesquelles l'action demeure bien en pratique comme en théorie imparfaite. Au final, il faudrait plutôt parler d'une action directe presque parfaite. Il faut donc bien voir que l'extinction de la créance avant l'exercice de l'action empêche le sous-traitant de l'exercer et que la compensation de dettes connexes dont il est question dans cette affaire constitue un cas d'extinction de la créance objet de l'action directe. C'est pourquoi il fallait déterminer si la compensation s'était ou non opérée avant l'exercice de l'action pour savoir si celle-ci pouvait ou non prospérer.

³ Le contrat de sous-traitance est en pratique souscrit après le contrat principal, sinon il n'a pas de raison d'être. Or le sous-traitant ne peut se voir doté d'une quelconque action directe avant même d'avoir signé avec l'entrepreneur principal.

Courant doctrinal anti-responsabilité contractuelle impliquant de facto une naissance de la créance d'indemnité contractuelle au jour du contrat et reposant ainsi implicitement sur le dogme :

491. Le concept de responsabilité contractuelle subit des attaques pour nous injustifiées dans la doctrine contemporaine. Le courant « anti-responsabilité contractuelle » fut initié par Philippe Le Tourneau¹ et trouve un fervent partisan dans la personne de Philippe Rémy à travers son article intitulé « *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept* »². D'après ces auteurs³, la responsabilité contractuelle ne serait que l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle inexécutée ou mal exécutée. L'enjeu affiché serait l'exigence d'un préjudice dans les conditions de mise en œuvre. Il n'y aurait plus besoin de constater l'existence d'un dommage puisqu'il ne s'agirait pas de responsabilité, la seule inexécution du contrat suffirait à la condamnation. Et surtout pour ce qui nous intéresse, la créance d'indemnité issue de la responsabilité contractuelle n'existerait pas. Il ne s'agirait en réalité que de la créance contractuelle. Sa date de naissance serait donc nécessairement celle du contrat, date de naissance de la créance contractuelle inexécutée cachée derrière la prétendue créance de responsabilité contractuelle.

492. Il existe une **interdépendance entre ce courant anti-responsabilité contractuelle et l'aspect dogmatique de la thèse classique.**

D'un côté le courant dépend doublement du dogme de la thèse classique car il nécessite d'asseoir la naissance de deux créances au jour du contrat, la créance de responsabilité contractuelle et la créance contractuelle inexécutée. En effet, puisque la prétendue créance de réparation naîtrait du jour du contrat parce qu'elle ne serait que la créance inexécutée, il en résulte que la créance contractuelle doit également toujours naître au jour du contrat pour que le raisonnement se tienne.

D'un autre, le courant anti-responsabilité contractuelle renforce considérablement le dogme de la thèse classique puisqu'il contribue à fixer au jour du contrat, non seulement la créance de responsabilité contractuelle, mais également celle à laquelle il s'identifie, la créance contractuelle inexécutée. Considérant pour acquise la date de naissance de ces deux créances au jour du contrat sans même la démontrer, le courant anti-responsabilité contractuelle participe véritablement du dogme de la thèse classique.

En démontrant qu'en droit positif la date de naissance de la créance de responsabilité contractuelle ne naissait pas au jour du contrat, mais du jour de l'inexécution, la fausseté du courant anti-responsabilité contractuelle s'est également trouvée démontrée, car il ne peut être soutenu l'identité

¹ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2006/2007, spéc. n°3431 et s. sur la qualification de l'inexécution contractuelle. Le titre est en lui-même révélateur de la position prise par l'auteur qui distingue, d'un côté la responsabilité, de l'autre les contrats.

² P. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997 p. 323.

³ Ajoutons sans prétendre à l'exhaustivité, parmi les auteurs qui soutiennent la thèse anti-responsabilité contractuelle, la thèse de l'exécution par équivalent :

M. FAURE ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle*, th. LGDJ 2003: paradoxalement, malgré le titre de sa thèse, l'auteur démontre l'inexistence du fait générateur à la recherche duquel elle se lance et prône in fine pour la disparition du concept de responsabilité contractuelle.

J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, A. Colin, 8^e éd. 1999, n°61 : pour les auteurs, la responsabilité contractuelle ne génère pas d'obligation autonome, elle ne constitue qu'un mode d'exécution par équivalent.

S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », colloques CEDAG, *LPA* n°224 du 9 nov. 2004 p. 25 : l'auteur prend acte sans la remettre en cause de la mutation de la responsabilité contractuelle en mode d'exécution forcée par équivalent.

entre deux créances qui ne naissent pas à la même date. D'où l'on voit que **l'étude de la date de naissance des créances invalide le courant doctrinal anti-responsabilité contractuelle**¹.

Malgré tout, le courant anti-responsabilité contractuelle reçoit l'assise en droit positif et en théorie que lui prêtent les auteurs qui la soutiennent. C'est en s'attaquant à cette assise qu'il est possible d'achever de convaincre du caractère erroné de ce courant. Le dogme de la thèse classique sera alors privé de la force que lui confère cette fausse controverse.

493. En droit positif, c'est un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 4 décembre 2002 qui consacre le plus explicitement le courant anti-responsabilité contractuelle. Dans cet arrêt, un employeur est condamné à verser des dommages et intérêts pour manquement à son obligation de délivrer au salarié des bulletins de paie, un certificat de travail, et l'attestation ASSEDIC. La question était de savoir si cette créance de dommages et intérêts est couverte par les AGS qui invoquaient dans leur pourvoi que devaient seules être couvertes les sommes dues en exécution du contrat de travail par l'employeur et non pas celles dues pour une négligence de ce dernier. Pour rejeter le moyen, la haute juridiction énonce dans un chapeau interne que « *les dommages et intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution constituent un mode d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire* »².

La formulation consacre expressément la thèse anti-responsabilité contractuelle. La solution s'explique cependant par la recherche opportuniste de l'intérêt du salarié. Les magistrats ont probablement vu dans la thèse anti-responsabilité contractuelle le moyen facile de favoriser le salarié en obtenant la couverture de son indemnité par les AGS, sans pour autant penser à l'ampleur théorique et pratique qu'engendrerait la consécration du courant anti-responsabilité contractuelle³.

494. L'argument de droit positif le plus invoqué par les auteurs anti-responsabilité contractuelle et qui a sans doute donné naissance à ce courant, réside dans une tendance jurisprudentielle à se passer de l'exigence d'un préjudice pour condamner l'auteur de la violation contractuelle⁴. Or, le concept de responsabilité est inhérent à sa fonction de réparation du dommage subi. S'il y a condamnation sans exigence dudit dommage, c'est qu'il ne s'agit a priori plus de la mise en œuvre du concept de responsabilité, ce pourquoi les auteurs anti-responsabilité contractuelle expliquent qu'il s'agit en réalité d'exécution par équivalent.

¹ Les auteurs remarquent que le courant anti-responsabilité contractuelle implique l'identification de la créance de responsabilité à la créance inexécutée et par conséquent une naissance au jour du contrat : P. REMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, n°1, p. 13. Mais curieusement ce constat n'a jamais été utilisé pour valider ou invalider le courant anti-responsabilité contractuelle par l'étude de la date de naissance des créances prétendument identiques. Pour notre part, le constat est fait, la dichotomie des dates en droit positif implique la distinction des créances et l'invalidité certaine du courant anti-responsabilité contractuelle.

² Soc. 4 déc. 2002 n°00-44303, P, *RTD civ.* 2003, 711, P. JOURDAIN.

³ De la même façon que nous avons déjà pu le voir en matière d'entreprises en difficulté, si la finalité recherchée apparaît louable, le moyen utilisé nous semble hautement critiquable. Il n'était pas besoin de faire fi du concept de responsabilité contractuelle pour justifier la solution, des considérations propres à la matière auraient suffi. La Cour aurait pu simplement étendre la garantie des AGS aux créances découlant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat de travail. La lettre de l'art. L. 3253-8 qui vise « *les sommes dues au salariés... par l'employeur* » nous semble suffisamment large pour permettre une telle interprétation. L'existence de la responsabilité contractuelle et l'autonomie de la créance qui en résulte ne nient en aucun cas son rattachement à la source contractuelle, sa naissance à l'occasion de l'exécution d'un contrat. Or, c'est ce rattachement qui justifie la couverture des AGS. D'ailleurs, « *les créances résultant de la rupture des contrats de travail* » expressément visées par les textes ne sont pas des créances d'exécution dudit contrat et sont pourtant malgré tout couvertes.

⁴ Civ. 1, 31 mai 2007 n°05-19978, *JCP G* 2007 I 185 n°3 P.

L'explication ne convainc cependant pas. D'une part il existe des arrêts en sens contraire qui continuent d'exiger un préjudice pour mettre en œuvre la responsabilité contractuelle¹. D'autre part, cette tendance jurisprudentielle ne se limite pas à la responsabilité contractuelle, mais concerne également la responsabilité extracontractuelle. Ainsi, « *la seule constatation d'une voie de fait ouvre droit à indemnisation* »², tout acte de concurrence déloyale implique nécessairement « *un trouble commercial constitutif de préjudice, fût-il seulement moral* »³, ou encore pour l'atteinte à un droit subjectif⁴, notamment une atteinte à la vie privée dont « *la seule constatation ouvre droit à réparation* »⁵. Or, si cette tendance n'est pas spécifique de la responsabilité contractuelle, c'est que son explication ne se trouve pas dans le contrat, mais doit être recherchée dans le concept de responsabilité lui-même. Nous pensons que l'explication devrait plutôt résider dans l'émergence en droit d'un certain nombre de fautes, d'atteintes, qui impliquent forcément l'existence d'un dommage que le juge se doit d'évaluer bien que cela ne soit pas facile. Il s'agirait donc plutôt de cas de présomption irréfragable d'un dommage déduit de la nature particulière de la faute commise. Resterait alors à en systématiser le domaine et le régime exact. Mais la violation contractuelle pourrait en faire partie⁶ et sa définition relativement large pourrait justifier une simple présomption réfragable⁷.

495. Les arguments de droit positif sont donc loin d'être infaillibles. À tout le moins doivent-ils être nuancés. Reste à observer les arguments théoriques qui prêtent encore davantage le flanc à la critique. Ils apparaissent biaisés et basés essentiellement sur la dénaturation afin de mieux les combattre des propos des auteurs partisans d'une véritable responsabilité contractuelle

En premier lieu, cette doctrine entend démontrer l'inexistence de la responsabilité contractuelle en prouvant l'impossible absorption de la responsabilité contractuelle par la responsabilité délictuelle. Mais l'absence d'identité entre responsabilité contractuelle et délictuelle n'implique pas l'inexistence de la première. Cela prouve seulement que la responsabilité contractuelle présente des spécificités irréductibles empêchant sa fusion avec la responsabilité délictuelle. Les défenseurs de la responsabilité contractuelle n'ont jamais prétendu opérer une telle fusion⁸. C'est leur prêter trop d'intention que de parler d'un « *mouvement d'absorption de la responsabilité contractuelle par la responsabilité délictuelle* ».

¹ Pour un rappel du principe d'exigence de préjudice : civ. 3, 3 déc. 2003, P+B+R+I n°02-12033, D. 2004 p. 295 et RTD civ. 2004 p. 294, P. JOURDAIN ; civ. 2, 18 déc. 2003 n°02-13092, P. Voir également pour une application intéressante civ. 3, 8 avr. 2010 n°08-21410 P+B refus d'indemnisation du propriétaire qui a revendu son terrain à la suite d'un incendie ayant détruit l'immeuble loué.

² Civ. 3, 9 sept. 2009, n°08-11154, P.

³ Com. 1^{er} juill. 2003 n°01-13052, inédit.

⁴ É. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexion à partir du contrat de bail », in *mél. Jean-Luc AUBERT*, Dalloz 2005 p. 271.

⁵ Civ. 1, 5 nov. 1996 n°94-14798, P.

⁶ Les PDEC rejettent pourtant explicitement cette possibilité sans pour autant s'en expliquer. Il nous semble pourtant que la violation de la parole donnée implique à tout le moins un préjudice moral certes difficilement évaluable.

⁷ P. JOURDAIN est en ce sens pour expliquer un arrêt qui affirme que l'indemnisation du bailleur n'est pas subordonnée à la preuve d'un préjudice : obs. sous soc. 4 déc. 2002 précité. É. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ ne sont pas de cet avis dans leur article sur équivalent, responsabilité et droits subjectifs, *mélanges Jean-Luc AUBERT* p. 272.

⁸ G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *mél. Ghestin*, LGDJ 2001, p. 921.

En second lieu, cette doctrine entend prouver l'inexistence de la responsabilité contractuelle en démontrant que l'obligation contractuelle de sécurité devrait être supprimée car ses contraventions devraient en réalité relever de la responsabilité délictuelle. Mais ici encore une telle démonstration ne permet pas d'aboutir à la suppression de la responsabilité contractuelle, mais simplement d'en diminuer le domaine. La preuve en est que les partisans d'une vraie responsabilité contractuelle estiment eux aussi que l'obligation de sécurité relève en réalité d'un devoir général symptomatique de la responsabilité délictuelle et non pas de la contractuelle.

Enfin, les auteurs anti-responsabilité contractuelle ne sont eux-mêmes pas univoque. L'une des branches de ce courant apparaît plus défendable en ce qu'elle ne prône pas pour la disparition du concept, mais pour un simple retranchement de son domaine. Les dommages et intérêts seraient ventilés entre ceux qui représentent le strict équivalent de l'exécution et ceux qui indemnisent les dommages collatéraux de l'inexécution, les premiers n'étant que de l'exécution par équivalent, les seconds correspondant à la responsabilité contractuelle. Celle-ci serait donc retranchée des dommages et intérêts dits « *intrinsèques* »¹ ou « *consubstantiels* »². Toutefois, cela impliquerait la pluralité des créances issues de la responsabilité contractuelle, créances ayant des dates de naissance différentes, généralement le contrat pour la créance consubstantielle ou intrinsèque, mais l'inexécution pour la créance consécutive ou extrinsèque. Or, une telle ventilation n'est pas opérée en droit positif, notamment dans la jurisprudence précitée quant à la date de naissance des créances d'indemnisation. Il n'y a pas deux créances avec des dates de naissance et des régimes différents, mais à chaque fois une seule créance avec un seul régime correspondant à une seule date de naissance, celle de l'inexécution. En réalité, difficilement praticable, la distinction proposée omet la vérité selon laquelle seule est réellement satisfaisante l'exécution en nature. C'est le concept d'exécution par équivalent qui s'avère être un faux concept³ car il n'est d'exécution qu'en nature. L'exécution par équivalent n'est en réalité que de l'indemnisation, de la responsabilité contractuelle, qui elle constitue bien un vrai concept.

L'heure n'est de toutes les façons pas à la disparition du concept de responsabilité contractuelle⁴ comme le montrent les projets de réforme et d'harmonisation actuels⁵. Il s'agit sans doute là du signe que le courant anti-responsabilité contractuelle faisait fausse route¹.

¹ POTHIER, *Traité des obligations*, n°1821.

² P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, th. 2000, l'auteur distingue les dommages et intérêts consubstantiels de l'inexécution et ceux consécutifs de celle-ci.

³ M. FABRE MAGNAN pour qui l'expression « *exécution par équivalent* » est impropre et trompeuse.

⁴ Pour ainsi dire tous les auteurs érigent le dommage comme condition de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, notamment A. BÉNABENT, *Les obligations*, op. cit. n°403 et s.

⁵ Les principes Unidroit⁵, quant à la mesure des dommages intérêts, posent le principe de réparation intégrale du préjudice et la condition de certitude du préjudice. L'avant-projet du Code européen des contrats énonce quant à lui le principe selon lequel le créancier contractuel a droit à l'indemnisation du dommage subi. Bien plus explicites sont les Principes du droit européen des contrats (PDEC) dont l'art. 9 :501 pose le principe que le créancier a droit à des dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution et les observations sur ledit article explicitent que « L'article 9 : 501 pose aussi la condition d'un préjudice et qu'il « *n'est pas possible d'obtenir des dommages et intérêts si l'inexécution du contrat ne cause aucun préjudice au créancier* ». L'avant-projet CATALA incorpore la responsabilité contractuelle au sein de la responsabilité civile aux côtés de la responsabilité délictuelle. Les dispositions communes sont traitées simultanément, mais les spécificités de la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle sont bien mises en exergue. Le projet de réforme du droit des contrats du Ministère de la justice consacre quant à lui le terme de « *responsabilité contractuelle* » qui constitue le titre de la troisième section du chapitre 10

496. Le courant anti-responsabilité contractuelle repose implicitement sur le dogme de la naissance au jour du contrat des créances contractuelles appliqué aux créances de responsabilité contractuelle.

Malgré un courant opportuniste et erroné en droit positif, la créance de réparation issue d'un cas de responsabilité contractuelle ne naît pas du jour du contrat, mais à celui de son inexécution. La doctrine majoritaire est en ce sens. Emmanuel Putman² énonçait déjà en 1987 la dualité des créances contractuelles et de responsabilité contractuelle, niant ainsi par anticipation le futur courant anti-responsabilité contractuelle qui repose sur leur unité. Patrice Jourdain³ réitère plus récemment en militant pour une naissance de la créance de réparation au jour de l'inexécution du contrat.

Il y a influence réciproque entre le courant anti-responsabilité et la date de naissance de la créance. Étudier la date de naissance réelle de la créance de réparation issue d'un cas de responsabilité contractuelle et mettre en évidence sa naissance au jour de l'inexécution conduit à invalider le courant anti-responsabilité contractuelle. Naissant à des dates différentes, la créance de responsabilité et la créance contractuelle inexécutée ne peuvent plus être confondues.

Cette invalidité du courant anti-responsabilité contractuelle permet de retirer au dogme de la thèse classique la force qu'il pouvait en tirer. Tous les cas d'applications aveugles et erronées de ce dogme constituent en effet autant de déviations du droit qui le renforcent par une apparence de certitude et de généralité.

Il en résulte un retour salvateur à la cohérence du droit : on ne peut devoir réparer l'inexécution d'un contrat avant que ladite inexécution ne soit avérée, avant même que l'exécution du contrat ne puisse être exigée. Tant que l'inexécution n'est pas certaine, la créance de réparation ne l'est pas non plus, elle n'existe simplement pas.

Conclusion de section, la faiblesse d'un dogme :

regroupant les différentes sanctions de l'inexécution. Enfin, la 6^e recommandation du groupe de travail sur la responsabilité civile opte pour la conservation de la distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle.

¹ Il nous semble que cette fausse controverse trouvait sa source dans l'ambiguïté de la lettre du Code civil.

Il n'y est pas fait mention des concepts de responsabilité ou d'indemnisation, il n'est question que des « dommages et intérêts contractuels » et la condition du dommage ou du préjudice n'est pas explicitée : l'art. 1145 du Code civil dispose que les dommages et intérêts sont dus par le seul fait de la convention, l'art. 1142 du Code civil que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts.

Toutefois, d'après nous, l'art. 1145 du Code civil nous semble avoir été édicté pour rappeler qu'il n'était pas nécessaire de prouver la faute, que la seule inexécution constitue un fait dommageable. Quant à l'art. 1142 du Code civil, il permet au contraire de comprendre la double fonction de réparation et de paiement des dommages et intérêts contractuels. Ces derniers permettent de « résoudre », donc d'éteindre, l'obligation de faire ou de ne pas faire dont ils réparent les conséquences de l'inexécution.

Basculée sur le plan des textes, la controverse pourrait dès lors se trouver transmutée dans la question de la nature des dommages et intérêts seuls à être mentionnés. Mais, dans tous les cas, il faut bien chiffrer lesdits dommages et intérêts. Les auteurs anti-responsabilité contractuelle expliquent qu'il s'agit de replacer le cocontractant dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait été exécuté alors qu'en matière de responsabilité il s'agit d'effacer les effets des dommages injustement causés (É. SAVAUX, in *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. de François Terré, Dalloz 2009, p. 282). C'est, nous semble-il, adopter une vision restrictive de la responsabilité qui englobe aussi bien les pertes subies que les gains manqués qui peuvent quant à eux être constitutif du dommage. C'est donc bien le dommage qui fait figure de « condition » de la responsabilité contractuelle et de « mesure » de la créance de réparation (P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », *Rapport français in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, études de droit comparé, LGDJ 2001, p. 263).

² Th. op. cit. n°270, p. 295, in fine.

³ P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », art. op. cit., p. 7.

497. La thèse classique fait aujourd'hui davantage figure d'un dogme. Son véritable fondement ne semble pas avoir été clairement mis en évidence. L'origine de ce dogme repose sur une confusion des concepts de contrat et d'obligation qui remonte au droit romain et qui n'a plus lieu d'être aujourd'hui. Christian Atias dénonçait déjà dans un article de 1998 la tendance dogmatique qui règne en matière de détermination de la date de naissance de la créance contractuelle au sens large : *« Tout à leur recherche du fondement de l'obligation conventionnelle, les juristes ont négligé d'autres questions importantes. Par exemple, c'est durant la dernière décennie seulement que la réflexion s'est approfondie sur la naissance de l'obligation, sur sa date en particulier ; et l'interprétation dogmatique de l'art. 1134, al. 1er, pouvait favoriser l'adoption de réponses trop simples ; toutes les obligations qui se rattachent de près ou de loin au contrat, dont l'apparition suppose le contrat, prendraient vie au moment de la rencontre des volontés. L'obligation de délivrance du bailleur, celle de l'acheteur de payer le prix seraient soumises au même régime que l'obligation du locataire de réparer les dommages ou que la garantie des vices... »*.

Cet aspect dogmatique pose problème car il conduit à des solutions erronées en droit positif, à des fixations arbitraires de la date de naissance de certaines créances au jour du contrat alors que, de toute évidence, tel ne devrait pas être le cas. Ce sont parfois des considérations d'opportunité qui peuvent expliquer ces manifestations du dogme. Mais le fondement utilisé pour ces solutions est contestable car il perturbe le droit commun et transversal des obligations pour obtenir des solutions spécifiques dans des branches du droit très spéciales.

Si ce dogme a pu survivre en tant que tel, c'est également grâce à la présence de facteurs de complication. Dans certaines situations, ce n'est pas seulement une considération d'opportunité conjuguée à l'existence de l'aspect dogmatique de la thèse classique qui aboutissait à la fixation de la date de naissance au jour du contrat, mais la présence d'un troisième facteur de complexification qui reposait en réalité lui-même sur une dérive du droit étrangère à la date de naissance de la créance. Cependant, bien qu'étrangère, ces dérives n'en conduisaient pas moins à renforcer le dogme de la thèse classique. Il convenait donc de la mettre en évidence et de restaurer ainsi la cohérence globale du droit quant à la date de naissance de la créance sur chaque question abordée.

498. Ce n'est pas la thèse classique qui pose problème, mais son aspect dogmatique et les conséquences que celui-ci implique, une absence totale d'exception et une application souvent aveugle. La thèse classique n'est en réalité pas erronée. Il a été démontré au précédent titre que, concernant les créances de prix issues d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, les thèses contemporaines périodique et matérialiste devaient être écartées au profit d'une naissance de principe au jour du contrat. Il suffit donc de renouveler l'analyse du fondement et des explications du principe de naissance au jour du contrat pour restaurer la thèse classique et la purger des critiques qu'ont pu lui adresser les partisans des thèses contemporaines. S'éloignant du dogme qui ne supporte aucune exception, c'est davantage vers la force d'un principe pouvant s'articuler avec des exceptions qu'il convient de s'orienter.

Section 2 : La force d'un principe

499. La réfutation des thèses contemporaines concernant la date de naissance de la créance de prix a mécaniquement validé l'idée d'une naissance au jour de la formation du contrat pour ces créances. Les inconvénients de la thèse classique, en corrélation avec les critiques légitimes qui ont pu lui être assénées par ses adversaires, ne sont en réalité que la conséquence de son aspect dogmatique. Dégagée de cet aspect, la thèse classique se trouvera consolidée et les critiques qui lui étaient adressées n'auront dès lors plus de portée.

L'idée d'un dogme s'induit d'une absence de fondement satisfaisant et de l'impossibilité de supporter des exceptions. Il suffit donc d'opérer le chemin inverse pour corriger la tendance qui s'était installée. Le fondement juridique doit être trouvé et explicité. Les exceptions, dont l'existence est incontestable, mais qui ne correspondent pas aux créances appréhendées par les thèses contemporaines, doivent s'expliquer pour s'articuler avec la naissance par défaut au jour du contrat.

En réalité, parce qu'elle repose sur un principe (§1) qui s'articule avec des exceptions (§2), la thèse classique d'une naissance des créances n'est pas un dogme, mais incarne un principe général du droit.

§ 1 : Exposé du principe

500. La consécration d'un principe général du droit doit pouvoir s'expliquer pour emporter réellement son adhésion. L'éventuel principe d'une naissance au jour du contrat des créances contractuelles ne fait pas exception. Il repose d'après nous sur un principe générale du droit (A), dont le mécanisme s'explique par la nature profonde du contrat, une norme juridique (B).

A. La valeur d'un principe général du droit

501. Si la thèse classique ne peut être démontrée par l'application jurisprudentielle d'une date de naissance au jour du contrat, la jurisprudence permet malgré tout de légitimer l'idée qu'elle véhicule en l'explicitant in abstracto (1), ce qui lui donne la force d'un principe général du droit (2).

1/ Un principe répété en jurisprudence

502. Ce ne sont pas les solutions adoptées par la jurisprudence en ce sens qui sont symptomatiques d'un principe de naissance au jour du contrat des créances contractuelles. Comme nous l'avons observé, soit ces applications sont erronées et situent au jour du contrat la naissance de la créance alors qu'il en va en réalité différemment, soit ces solutions s'expliquent par d'autres voies en ce que le critère appliqué n'est en réalité pas celui de la date de naissance de la créance, mais celui de la date de conclusion du contrat.

Il est cependant significatif que la jurisprudence explícite de façon abstraite l'idée que les créances contractuelles naissent au jour du contrat. Ce n'est alors plus le cas d'espèce ou le mécanisme mis en œuvre qui intéressent. Peu importe le bien-fondé de la date de naissance choisie en l'espèce ou celui de l'utilisation du critère de date de naissance de la créance pour résoudre l'affaire. La seule chose qui importe, c'est l'énoncé par le jugement en termes généraux du principe selon lequel les créances contractuelles naissent à la date du contrat.

503. Tel était le cas dans deux arrêts rendus par la Cour de cassation les 11 déc. 1985 et 16 juill. 1986¹ en matière de sociétés civiles. La Cour y énonce dans un attendu de principe répété quasiment à l'identique, que « ***les obligations contractuelles prennent naissance, sauf convention contraire, au jour de la conclusion du contrat*** »². Il n'est plus ici question d'une règle de droit en particulier, d'une créance spécifique ou encore d'un contrat spécial. C'est un principe général énoncé par la jurisprudence.

D'autres arrêts énoncent la même solution, mais sont néanmoins moins évocateurs en ce qu'ils la limitent à certains contrats en particulier. Peut ainsi être cité un arrêt rendu en matière de location-gérance dont l'attendu se cantonne néanmoins à un certain type de vente : « *Attendu ... que la vente au poids, au compte ou à la mesure oblige les parties aux obligations qu'elles ont contractées dès qu'il y a eu accord sur la chose et sur le prix... que... les dettes dont le loueur d'un fonds de commerce est responsable solidairement avec le gérant, se déterminent ... par leur naissance à l'intérieur du délai...* »³.

2/ Un principe élevé au rang de principe général du droit

504. En matière de principe général du droit, il y a lieu de se référer à l'ouvrage de M. Bergel sur la théorie générale du droit⁴, ainsi qu'à la thèse de Marielle de Béchillon sur la notion de principe général en droit privé⁵.

La trace des principes généraux du droit peut remonter à Aristote et se retrouve dans le Digeste et le Traité des lois de Domat. Leur première énonciation expresse dans les textes se fit en droit international public à l'article 38 du statut de la Cour de Internationale de Justice qui reconnaît comme source de droit « *les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées* ». En droit national, c'est en droit administratif que la notion est le plus explicitement utilisée depuis sa consécration par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Aramu du 26 oct. 1945 selon lequel « *les principes généraux sont applicables même en l'absence de textes* ». Mais la Cour de cassation en fait également usage, consacrant par exemple l'institution de l'enrichissement sans cause en se fondant

¹ Civ. 1, 16 juill. 1986, n°84-12990, P.

² Civ. 1, 11 déc. 1985, n°84-15716, P.

³ Com. 25 nov. 1986, n°85-11466, P.

⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2003, spéc. n°69 s.

⁵ M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, th. 1998, PUAM.

sur un principe d'équité¹. D'autres principes ont été consacrés depuis en droit privé, notamment l'émergence récente du principe de précaution.

Les principes généraux du droit ont donc incontestablement une valeur positive². Ce sont des règles de droit objectif exprimées ou non par les textes, mais en tout état de cause appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité³. Ainsi, « *ce qui caractérise les principes généraux du Droit, c'est leur application par la jurisprudence* ». Plus exactement, la jurisprudence, sans les créer de toutes pièces, les « *extraite de la loi ou de la coutume, avec l'aide de la doctrine. Ils sont en suspension dans l'esprit du droit et le juge les y identifie* »⁴. En ce sens, l'édiction des principes généraux du droit relève d'un « *pouvoir normatif jurisprudentiel* », le juge édicte bien là une norme, bien que ce pouvoir ne lui soit théoriquement pas octroyé⁵.

505. À la lumière de ces explications doctrinales, il apparaît que la thèse classique peut entrer dans la catégorie des principes généraux du droit. **C'est en effet l'énonciation explicite par la jurisprudence de la thèse classique en tant que règle générale et abstraite qui lui procure son fondement et sa force juridique.**

À cet égard, il faut bien reconnaître que les auteurs partisans de la thèse classique ne sont pas ici véritablement surpassés dans leurs justifications. De l'application par la jurisprudence d'une date de naissance au jour du contrat soulevée par ces auteurs, nous sommes passés à son explicitation en termes généraux. Tout au plus allons-nous un peu plus loin dans la réflexion. Nous pourrions même dire que nous allons moins loin dans la réflexion, demeurant dans la simplicité d'une énonciation générale et abstraite, sans entrer dans la complexité de mécanisme juridiques ou d'analyses textuelles. Malgré tout, cette énonciation prête moins le flanc à la critique, car elle permet de s'affranchir des considérations spéciales de l'affaire, qui n'étaient en réalité pas significatives, pour se focaliser sur la seule consécration jurisprudentielle d'une règle de droit générale et abstraite.

Néanmoins, ce seul constat sans autre explication ne permet pas de résoudre tous les problèmes précédemment soulevés. Du dogme doctrinal, nous sommes simplement passés au dogme jurisprudentiel. La valeur juridique du principe ne suffit pas à elle seule pour emporter son adhésion. Il faut lui trouver une explication par le biais d'un raisonnement juridique cohérent pour asseoir son existence. C'est dans les recherches doctrinales sur la nature du contrat que cette explication peut être trouvée.

B. Le régime d'une norme juridique

¹ Req. 15 juin 1892, DP 1892 I 596 ; S. 1893 I 281 Labbé.

² J.-L. BERGEL, op. cit. n°72.

³ Ibid. n°74

⁴ Ibid n°76 citant Messieurs J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction au droit*, n°447 et J. CARBONNIER, *Introduction*, n°29.

⁵ M. DE BECHILLON, op. cit. p.84.

506. Les travaux doctrinaux contemporains sur les concepts de norme et de contrat ont permis de mettre en évidence la nature normative du contrat (1). À cela s'ajoute la mise en exergue d'un principe d'effet immédiat des normes juridiques (2). L'ensemble permet d'expliquer que les créances contractuelles naissent par défaut au jour de la formation du contrat.

1/ La contrat analysé comme une norme juridique

507. Hans Kelsen¹ fut le premier à démontrer que le contrat constitue une norme au même titre que la Loi. Cette analyse de la nature du contrat n'allait pas de soi car elle bouscule en réalité de grandes césures classiques du droit telles la distinction fondamentale entre le droit objectif et le droit subjectif ou encore entre les faits et les actes juridiques.

L'auteur explique justement la perception erronée classique du contrat par l'établissement du faux présupposé selon lequel la Loi serait la norme juridique. De là s'induirait le caractère général et abstrait de toute norme juridique et par conséquent son opposition au contrat qui ne présente pas ces caractères puisqu'il est au contraire particulier et concret. Ainsi, du faux présupposé d'identification de la norme à la seule Loi, nous serions arrivés à une fausse opposition entre le contrat, droit subjectif, application de la Loi, et la Loi elle-même, droit objectif.

D'après Monsieur Kelsen, une norme peut aussi bien être particulière et concrète que générale et abstraite. Il n'y a pas, entre les deux, une différence de nature, mais une différence de contenu, la norme générale et abstraite atteignant simplement un plus grand nombre de personnes que la norme particulière qu'est le contrat qui n'atteint que les parties.

La « *norme contractuelle* » tient son pouvoir normatif d'une délégation de la Loi en vertu de l'adage *pacta sunt servanda* exprimé dans le Code civil à l'art. 1134.

508. L'erreur qui a empêché d'appréhender la nature normative du contrat provient donc essentiellement d'une réticence à admettre qu'une norme juridique puisse ne pas être générale et abstraite. Approfondissant ce point, Christian Larroumet² s'emploie avec succès à corriger cette erreur dans la définition qu'il donne de la règle de droit qui n'est autre que la norme juridique. L'auteur écarte les caractères douteux de la règle juridique que sont la précision, l'abstraction, l'origine étatique et la sanction. Se trouvent ainsi écartés les caractères qui rendaient impossible la qualification du contrat en tant que règle de droit. Pour l'auteur, une règle de droit est une règle de conduite appliquée aux individus en tant que membres du corps social, obligatoire dans l'opinion des membres de ce même corps et non seulement par l'existence d'une sanction, et surtout dont la finalité réside dans l'organisation du corps social, afin d'éviter l'anarchie dans les rapports des membres du groupe. Kelsen écrivait d'ailleurs dans sa théorie pure du droit que « *la connaissance juridique a pour objet les normes qui ont le caractère de normes juridiques* » et que « *le droit, qui*

¹ KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. droit*, 1940, p. 33.

² C. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, 5^{ème} éd. 2006, n°23 et s.

forme l'objet de cette connaissance, est un ordre ou règlement normatif de l'action humaine, c'est-à-dire un système de normes qui règlent la conduite d'êtres humains »¹.

Et l'auteur conclut, concernant les stipulations contractuelles, que « *en élaborant des stipulations propres à régir leurs rapports personnels, ... il est difficile de nier qu'elles (les parties) créent une règle de droit dans la mesure où elles contribuent à un ordonnancement juridique, même si cet ordonnancement juridique est propre à leurs rapports personnels* »².

D'ailleurs, pour achever de convaincre que le caractère général et abstrait n'est pas un critère déterminant de la règle de droit, de la norme, il suffit de constater qu'il est des stipulations contractuelles qui touchent un plus grand nombre d'individus que certaines dispositions législatives. Ainsi, les conditions générales de vente des opérateurs téléphoniques ou des fournisseurs d'électricité s'appliquent sans aucun doute à un plus grand nombre d'individus que les dispositions légales concernant la curatelle car il y a davantage d'abonnés à EDF qu'il n'y a de majeurs sous curatelle.

509. Enfin, il semble que ce soit le normativisme de Kelsen qui ait permis d'en finir avec l'autonomie de la volonté. Or, il est aujourd'hui un constat que le contrat ne peut tout faire, que son contenu se trouve limité, voire commandé, par la Loi, voire le juge. Son fondement et sa nature ne peuvent donc pas résider dans la seule volonté. L'autonomie de la volonté fait bel et bien figure d'anachronisme. C'est dans l'utile et le juste que les fondements nouveaux du contrat doivent être recherchés³. C'est parce qu'il constitue une norme sur délégation de sa norme supérieure, la Loi, que le contrat se trouve limité par cette dernière, qu'il ne peut faire que ce que la Loi lui permet de faire et dans la mesure qu'elle lui autorise.

510. Pour ces raisons sans doute, la nature de norme du contrat ne fait en doctrine plus l'ombre d'un doute. Et, si elle n'est pas toujours énoncée, elle se trouve fréquemment rappelée afin que ses conséquences ne soient pas oubliées.

Ainsi, Jean-Luc Aubert rappelle que « *le contrat ne donne pas seulement naissance à des obligations... Il détermine un effet de contrainte plus global qui interdit la remise en cause de la situation juridique constituée par le contrat dans tous ses éléments – ensemble de droits et d'obligations, bien sûr, mais aussi règle d'organisation de la relation contractuelle... Il s'agit là de l'effet ordinaire qui s'attache à tout acte juridique, et auquel, il est vrai, on ne prête pas toujours une suffisante attention, tant il paraît aller de soi* »⁴. Et, précisant sa pensée en citant Georges Rouhette, il ajoute que « la théorie ne réduit pas le contrat à un simple fait juridique »; elle le consacre même comme « *un acte juridique normatif* »⁵. Paul Roubier permet aussi de rapprocher le Loi et le contrat en énonçant que tous deux permettent de créer des situations juridiques⁶, des complexes de droits et de devoirs⁷. Et il semble en aller de même outre-Rhin où le contrat se définit comme « la

¹ KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, LGDJ, Bruylant, 1962, p. 13.

² Ibid n°23.

³ J. GHESTIN, *Les conditions de formation du contrat*, Traité LGDJ.

⁴ J.-L. AUBERT, *Le contrat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1996, p. 103.

⁵ Ibid. p. 25.

⁶ ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, p. 411.

⁷ ROLAND et BOYER, *Traité, Introduction au droit*, Litec, n°1071.

réglementation par voie d'acte juridique d'un rapport de droit, arrêté par accord des contractants »¹.

La nature normative du contrat semble explicitement affirmée par la communauté des auteurs, tout spécialement par Jacques Ghestin², mais également par Denys de Béhillon³ ou encore Pierre-Yves Gahdoun⁴. Elle semble aller de soi pour Geneviève Viney et Patrice Jourdain⁵ ou encore pour Philippe Grosser⁶.

Enfin, la lettre de l'art. 1134 va également dans ce sens, rapprochant explicitement le contrat de la loi en énonçant qu'il constitue la « loi » des parties.

Bien si la nature du contrat en tant que norme n'est plus remise en doute, il semble que toutes les conséquences n'en aient pas encore été tirées en droit positif. C'est notamment dans cette évolution de nature que peut d'après nous être décelée la justification du PGD d'une naissance au jour du contrat des créances contractuelles telle qu'énoncée par la jurisprudence et ainsi constitutive d'un PGD.

2/ La norme juridique en principe immédiatement appliquée

511. Un second enseignement peut être tiré des explications de Hans Kelsen. Puisque la norme s'identifiait faussement à la seule loi, alors il n'est pas exclu que des principes qui ne semblaient régir que la loi s'appliquent en réalité à toute norme juridique, notamment au contrat.

Or, l'application immédiate de la loi constitue l'un des principes qui lui sont applicables. La loi s'applique immédiatement, elle produit immédiatement ses effets, à moins qu'elle n'en dispose autrement en comportant par exemple des dispositions transitoires. Ainsi, l'art. 1^{er} du Code civil dispose que « *les lois ... entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication* ».

Certes, cet article 1^{er} exclut expressément le contrat de son champ d'application⁷, ce qui pourrait constituer un obstacle à l'induction à partir de ce texte d'un principe qui s'appliquerait également au contrat. Deux explications permettent de lever cet obstacle. D'une part, la nature normative commune à la loi et au contrat n'avait pas encore émergé à la date de rédaction du Code civil. D'autre part, des dispositions spécifiques de publicité au journal officiel sont prévues par le Code pour ce qui concerne la Loi qui n'entre pas en vigueur au jour de sa promulgation, mais après sa

¹ A. RIEG, « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIXe siècle », *Arch. phil. droit*, T. 13, p. 31, n°22, citant le traité allemand sur l'acte juridique de WERNER FLUME, 1965.

² J. GHESTIN, *La notion de contrat*, Dalloz 1990, p. 147 : « la création de règles juridiques par un accord de volontés apparaît comme le trait commun de tous les contrats dont elles constituent ainsi le critère ».

³ DENYS de BECHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA* 1992 p. 15 s. : « le notion d'une norme conventionnelle n'effraie plus personne... L'effet relatif des contrats ne fait pas obstacle à leur normativité... ».

⁴ P.-Y. GAHDOUN, « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat », *D.* 2005 p. 1517.

⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, traité LGDJ, n°483.

⁶ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat*, th. 2000.

⁷ « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels ».

publication. En outre, si aucun rapprochement n'avait été possible entre la loi et le contrat, si leur nature avait été tant dissemblable, pourquoi éprouver le besoin d'une exclusion expresse du contrat dans l'édiction de dispositions qui ne concernent que la seule loi ? C'est sans doute qu'un rapprochement n'était pas impossible dans les esprits des rédacteurs.

Les mesures de publicité ne semblent pas être un obstacle à l'induction du principe d'effet immédiat de toute norme que nous envisageons. Il suffit d'en tenir compte. Le principe ainsi induit serait que toute norme produit ses effets immédiatement si aucun système de publicité n'est aménagé la concernant, à défaut elle produit ses effets au jour de l'accomplissement de ladite publicité ou encore au délai prévu à compter de celui-ci.

512. Transposé aux contrats, ce principe d'effet immédiat d'une norme juridique permet d'expliquer que les obligations prévues au contrat doivent en principe prendre naissance immédiatement, à la date dudit contrat, puisqu'aucune mesure générale de publicité n'est prévue pour tous les contrats.

Il s'ensuit que le PGD explicité par la jurisprudence d'une naissance au jour du contrat des créances contractuelles ne serait in fine que l'application particulière d'un PGD plus vaste de prise de production immédiate des effets d'une norme juridique, PGD que nous avons induit des textes spécifiques à la norme légale. Cet effet domino entre plusieurs PGD n'apparaît pas gênant et n'a d'ailleurs pas échappé à la doctrine. Madame de Béchillon remarque ainsi, au sujet de l'édiction des PGD, que « *Le juge, lorsqu'il se réfère aux principes généraux, semble ne jamais sortir du système légal mis en place. Les normes qu'il applique procèdent toujours d'autres règles juridiques, elles-mêmes réputées découler d'autres principes également juridiques. Ce va-et-vient permanent entre les règles légales et les principes généraux...* »¹.

513. Enfin, pour asseoir l'idée d'une application au contrat d'un principe d'effet immédiat des normes juridiques, il suffit de prendre l'exemple des effets réels du contrat. Le contrat constitue une catégorie particulière de convention² ayant pour objet de créer des obligations ou de transférer la propriété³. Alors que la production d'obligations constitue les effets personnels du contrat, un éventuel transfert de propriété en constitue les effets réels.

Or, il est bien acquis qu'en droit français le transfert opéré par le contrat s'effectue *solo consensu*, immédiatement et automatiquement par le seul effet du contrat.

Ainsi, si les effets réels se produisent immédiatement, pourquoi en irait-il autrement des effets personnels du contrat ? Aucune raison à cela. Les obligations sont immédiatement produites, elles naissent immédiatement, au même titre que le transfert de propriété s'opère immédiatement, par application du principe général de production immédiate des effets d'une norme juridique.

D'ailleurs, les effets réels et personnels du contrat constituent sa finalité, sa raison d'être. Il faut donc une bonne raison pour que cette finalité ne soit pas atteinte le plus rapidement possible, c'est-à-dire immédiatement.

¹ M. DE BECHILLON, th. op. cit. p. 135.

² La convention est une catégorie particulière d'actes juridiques, il s'agit de tout accord entre deux ou plusieurs personnes destiné à produire un effet de droit quelconque (définitions du Vocabulaire juridique Capitant).

³ Vocabulaire juridique Gérard CORNU, p. 217.

514. Si le principe d'effet immédiat d'une norme juridique explique celui d'une naissance au jour du contrat des créances contractuelles via la nature normative du contrat, il n'impose pas que la date de naissance soit toujours celle du contrat. Reprenant l'analogie d'avec les effets réels du contrat, si le transfert de propriété s'opère en principe immédiatement, il n'en va pas toujours ainsi. Il peut être retardé par une clause de réserve de propriété, par la volonté expresse des parties ou encore par l'inexistence de la chose objet du contrat de vente, auquel cas le transfert n'aura lieu qu'au jour de l'existence de l'objet et c'est alors la nature des choses qui retarde l'effet immédiat du contrat. S'il peut en aller ainsi pour les effets réels, pourquoi n'en irait-il pas de même pour les effets personnels ?

Explicitant le PGD d'une naissance au jour du contrat, la jurisprudence ménageait à tout le moins l'exception d'une volonté contraire des parties. C'est donc que les principes et raisonnements dégagés pour expliquer le PGD d'une naissance au jour du contrat doit aussi pouvoir expliquer les exceptions y afférentes.

§ 2 : Exposé des exceptions

515. Outre son absence de fondement juridique, l'intolérance aux exceptions posait également problème sous l'aspect dogmatique de la thèse classique. Pour cette raison, après avoir précédemment mis en évidence son fondement juridique, il convient à présent de s'assurer qu'il supporte effectivement l'existence d'exceptions quant à lui.

L'exception à un principe n'est pas sa négation. Ce n'est pas une résistance au principe, mais un aménagement dans le cadre d'un ensemble structuré. Comme l'écrit Madame de Béhillon, *« l'exception puise sa légitimité dans la règle de Droit dont elle se démarque. On peut même considérer qu'elle la préserve du grief d'arbitraire, souvent invoqué. Étant elle-même intégrée à la norme, elle est une modalité d'aménagement de celle-ci. La règle d'exception est une composante de la norme initiale, et non une concurrente de celle-ci, le préfixe “ex” n'ayant de sens que par rapport à la règle de principe... L'exception constitue une condition de mise en œuvre du principe »*¹.

Dès lors, rien d'étonnant à ce que les exceptions au principe trouvent leur justification dans le même endroit que la règle elle-même, la nature normative du contrat (A). Et puisque l'exception est *« intégrée à la norme »*², la valeur de celle-ci commande la source de celle-là, ce qui conduit d'après nous à enrôler toutes les exceptions à une naissance au jour du contrat sous la bannière de la condition suspensive (B).

A. L'admission des exceptions

¹ M. DE BECHILLON, th. op. cit., p. 226, citant partiellement A. ROUYERE, *Recherche sur la dérogation en droit public*, th. 1993, t. 1, p. 69 et 71.

² Ibid.

516. Sans la consécration de la nature normative du contrat, il n'était en réalité pas possible de conceptualiser une naissance des créances contractuelles postérieure au jour de la formation du contrat (1). C'est d'ailleurs en partie parce que toutes les conséquences inhérentes à la nature normative du contrat n'ont pas encore été tirées que la date de naissance des créances contractuelles se trouve encore perturbée (2).

1/ Des exceptions inhérentes à la nature normative du contrat

517. Fut précédemment étudiée la vision du contrat en droit romain¹ responsable d'une vision dogmatique de la thèse classique. Le terme contrat servait à désigner les seuls pactes ayant force obligatoire, l'accomplissement des rites prévus par la loi pour engendrer des actions et par là même les obligations corrélatives. Contrats et obligations surgissaient du factuel, du fait. Il était dès lors mécaniquement impossible que les obligations aient une date de naissance différente de celles du contrat puisque les deux notions étaient en réalité fusionnées.

L'émergence du consensualisme en tant qu'exception en droit romain et sa renaissance en tant que principe en droit canonique ont permis de franchir une étape vers la dissociation du contrat et de l'obligation. La définition du contrat comme accord de volonté permettait de le distinguer des obligations qu'il créait. Le contrat n'était plus réduit à l'obligation contractuelle obligatoire.

Mais la dissociation des concepts n'était pas complètement achevée pour autant car l'accord de volonté n'en restait pas moins un fait. Cette vision réductrice se retrouve au sein du Code civil pour lequel le contrat n'est qu'un fait générateur d'obligations. Elle empêche d'envisager une autre date de naissance pour les obligations contractuelles que le contrat, leur fait générateur.

Il restait donc à dépasser cette vision réductrice du contrat en tant que simple fait générateur d'obligations pour passer d'une dualité des concepts de contrat et d'obligation et par conséquent à une possible dualité de leurs dates de survenance.

518. Hans Kelsen permit ce dépassement en démontrant la nature de norme juridique du contrat et non plus de simple fait générateur d'obligation. Du fait générateur d'obligation, le contrat passe à fait créateur d'une norme au contenu déterminé par les parties². Et, en tant que norme juridique à l'image de la loi comme l'énonce l'article 1134 du Code civil, le contrat se trouve investi du pouvoir de procéder comme celle-ci, de prévoir des faits qui pourront dans le futur donner naissance à des obligations. Alors la dichotomie des dates de naissance apparaît, les obligations ne naissent plus nécessairement du contrat, mais peuvent naître d'un fait incertain envisagé au contrat comme fait générateur d'obligation.

Il apparaît ainsi que la nature normative du contrat a permis d'achever ce qu'avait commencé l'émergence du principe du consensualisme, la distinction des concepts de contrat et d'obligation en

¹ Cf. supra n°422 et s.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit. p. 257.

permettant notamment la distinction quant à leur date de naissance par le pouvoir normatif ainsi reconnu au contrat d'ériger des faits potentiellement créateurs d'obligations.

Mais la dichotomie des dates de naissance n'est que l'une des conséquences de l'évolution du contrat quant à sa nature. Et si cette évolution semble acquise, il ne semble pas que ses conséquences le soient toutes quant à elles.

2/ La nature normative du contrat incomplètement perçue

519. Il semble que les conséquences de la nature normative du contrat n'aient pas encore toutes été déduites. L'évolution n'est en réalité pas totalement achevée. La mise en pratique n'a pas encore reçu toutes les répercussions de l'évolution théorique. La persistance tant en doctrine qu'en droit positif de la thèse classique en tant que dogme en est l'un des symptômes qu'il convient de traiter. Mais d'autres symptômes peuvent être relevés qui perturbent eux aussi la date de naissance des créances. Il s'agit à nouveau de facteurs extérieurs de complexification qui donnent toute sa densité au maquis des problématiques en matière de date de naissance de la créance et qu'il convient d'élaguer chemin faisant.

520. Peut être notamment être mis en évidence une tendance à voir des obligations dans toutes les manifestations de la norme édictée par le contrat. En continuant à voir le contrat en un simple fait générateur d'obligations, on se trouve à qualifier faussement d'obligations toutes les manifestations de sa norme.

Ainsi en est-il par exemple de l'obligation de couverture en matière de cautionnement, qui n'est en réalité pas autre chose que la manifestation de la situation juridique créée par la norme contractuelle. Il ne s'agit pas d'une obligation au sens technique du terme, mais d'un devoir issu de la norme contractuelle. Tel est également le cas des obligations de loyauté, de bonne foi, de sécurité, d'information, qui ne constituent pas de véritables obligations, mais de simples manifestations de la norme contractuelle.

La date de naissance des créances s'en trouve obscurcie. S'agissant de fausses obligations qui cachent en réalité le contrat, leur date de naissance ne peut être autre chose que la date du contrat. La fausse idée d'une naissance systématique de toutes les créances contractuelles au jour du contrat, la thèse classique en tant que dogme, s'en trouve ainsi renforcée. Il est remarquable que la perturbation de la date de naissance des créances s'opère ici par une dénaturation du concept de créance lui-même qui se trouve confondu avec la norme contractuelle. Cette dénaturation du terme « obligation » fut d'ailleurs déjà soulevée par certains auteurs.

Une tendance en sens inverse peut aussi être soulevée. Elle consiste à voir de nouveaux contrats imaginaires là où naissent des obligations à une date postérieure au contrat. Ainsi fut proposée l'idée d'un contrat autonome gérant la période postcontractuelle pour expliquer, par exemple, l'obligation de non-concurrence. L'aspect dogmatique de la thèse classique se trouve ainsi sauvé puisqu'à défaut de constater une naissance de la créance au jour du contrat, on constate la survenance d'un autre contrat au jour de la naissance de la créance.

521. Le caractère inachevé de cette évolution dans les esprits s'explique très bien car, en réalité, Hans Kelsen lui-même n'avait pas tiré toutes les conséquences de sa démonstration de la nature normative du contrat. Dans le corps de sa démonstration et malgré la finalité de celle-ci, l'auteur continue de confondre les concepts de contrat et d'obligation.

C'est à travers la vision qu'à l'auteur de la condition suspensive que cette confusion des concepts ressort le mieux : « *Ce n'est pas l'obligation, l'obligation d'exécuter la convention, ce n'est pas la force obligatoire de la convention, de la norme contractuelle, que la condition ou le terme tiennent en suspens, mais c'est l'exécution de l'obligation. La condition ou le terme n'affectent pas la norme ou l'obligation, mais l'exécution qui constitue l'objet de la norme ou de l'obligation. Il y a obligation d'exécuter la convention dès que cette dernière existe... Si la condition laissait mon obligation en suspens, je ne serais pas encore obligé par l'acte de la conclusion du contrat et – jusqu'à la réalisation de la condition ou du terme – il n'y aurait pas de contrat obligatoire, pas de contrat valable* »¹. Parce qu'il confond la norme, sa force obligatoire, avec le concept d'obligation, de créance, l'auteur nie la spécificité de la condition par rapport au terme, qui est de retarder la naissance de l'obligation et non sa seule exigibilité. Cela explique également l'assimilation par l'auteur du contrat et de la convention. Puisque le concept d'obligation s'identifie à la force obligatoire du contrat, à la norme qu'il crée, alors il n'y a plus de différence entre contrat et convention. La spécificité du contrat réside en effet dans la création d'obligations, mais les deux ont bien force obligatoire.

Se trouve ainsi particulièrement éclairé le choix de Pascal Ancel quant à l'intitulé de son article célèbre, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* ». L'article met en garde contre la confusion entre les concepts de contrat et d'obligation.

Soulever ces facteurs de complexification s'imposait afin de restaurer une cohérence d'ensemble à la question de la date de naissance des créances en droit positif. Néanmoins, l'important était ici avant tout de montrer qu'une fois exclue la nature dogmatique et acquis le fondement normatif de la thèse classique, des exceptions trouvent leur place et leur explication. Leur existence ne s'oppose pas au principe, mais s'harmonise avec lui. Il ne reste plus qu'à tenter d'explicitier les cas dans lesquels ces exceptions peuvent se produire, c'est déceler leur nature tout en amorçant une forme de typologie de ces exceptions.

B. L'essence des exceptions

522. Énonçant le principe et lui donnant par la même la force d'un PGD, la jurisprudence semblait déjà lui ménager l'exception d'une volonté en sens contraire des parties : « *sauf convention contraire* »². Mais l'interprétation laisse place au doute. Les juges font-ils référence à la seule volonté des parties, auquel cas une clause expresse suffirait à faire naître la créance à une date postérieure au

¹ KELSEN, art. op. cit. §15.

² Civ. 1, 11 déc. 1985, n°84-15716, P.

contrat, ou font-il référence à la nature de la convention, auquel cas la volonté des parties ne serait plus que secondaire et ne suffirait pas à elle seule pour empêcher l'application du principe d'une naissance au jour du contrat ?

Emmanuel Putman expliquait quant à lui qu'il pouvait y avoir exception au principe « *par la nature des choses, les usages ou la volonté des parties* »¹. Cela tendrait à dire que la volonté expresse des parties suffirait, mais que d'autres circonstances pourraient également donner lieu à exception. L'auteur agrmente d'exemples, mais n'expose pas de typologie des exceptions.

Approfondissant la réflexion, il apparaît qu'elles doivent entrer dans le moule d'une condition suspensive, qu'elle lui emprunte donc sa nature (1). À partir de ce constat, il est possible d'établir leur typologie (2).

1/ La nature d'une condition suspensive

523. Le principe d'une naissance au jour du contrat a valeur d'un PGD. En droit administratif, les principes généraux du droit ont une valeur « *infra-législative et supra-décrétale* » parce qu'ils émanent du Conseil d'Etat². L'insertion de la jurisprudence dans la hiérarchie des normes est toutefois contestable en ce qu'elle n'est pas censée constituer une source de droit³. En droit privé, que la jurisprudence extirpe les principes généraux du droit de l'esprit des textes. Il semble donc que la force d'un PGD en droit privé doit être assimilée à celle de la loi. La Cour de cassation en protège d'ailleurs le respect comme celui de la loi⁴. Autrement dit, **les PGD de droit privé ont une valeur légale**⁵. Il en résulte que les exceptions au PGD d'une naissance des créances contractuelles au jour du contrat doivent elles aussi avoir une valeur légale.

524. Puisque les exceptions doivent avoir une valeur légale, c'est qu'il faut les rechercher dans les textes. Or il semble qu'il n'y ait que le cas de condition suspensive qui prévoit explicitement que la condition retarde la naissance de la créance au jour de survenance de l'événement.

Ce constat conduit-il à invalider toutes les exceptions rencontrées à l'occasion de la 1^{ère} section et qui n'étaient pas formellement rattachées à la condition suspensive ? Cela serait de toute évidence gênant. Il semble plus approprié de rattacher toutes ces exceptions au mécanisme de la condition suspensive, y compris lorsque le lien n'est pas explicité. Cela implique une interprétation large de la condition suspensive.

Emmanuel Putman avait pressenti qu'un tel rapprochement était envisageable. L'auteur relevait en effet quant à l'exception du contrat aléatoire que le schéma se rapprochait fortement de la condition suspensive⁶.

¹ E. PUTMAN, th. op. cit., n°240.

² R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1996, 1, 99.

³ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n°81.

⁴ Ibid n°84.

⁵ Sans doute en va-t-il de même pour les PDG du droit public, la valeur légale des PGD n'empêchant pas la loi d'y déroger.

⁶ Th. op. cit. n°330.

Nous avons déjà évoqué un tel rapprochement des exceptions à la condition suspensive à l'occasion de développements sur la **certitude de la créance**¹. La raison en était simple. À défaut d'être fixée au jour du contrat, il faut bien fixer la naissance de la créance à la date d'un fait dont dépend la naissance du droit personnel, ce qui correspond bien au schéma de la condition suspensive. La présente nécessité d'une assise légale de toute exception au principe d'une naissance au jour du contrat conforte quant à la nécessité de ce rapprochement. Mais surtout, la comparaison des mécanismes du terme et de la condition est éclairante du point de vue de l'ontologie de la créance. La créance existe dès lors qu'il est certain que vous pourrez être obligé juridiquement, dès lors qu'il est certain que l'événement auquel elle est suspendu surviendra, seule l'exigibilité, autrement dit l'exécution, étant alors retardée. La créance n'existe pas encore lorsqu'il n'est pas certain que vous serez obligé juridiquement, lorsqu'il n'est pas certain que l'événement auquel elle est suspendue surviendra, c'est alors l'existence même de l'obligation qui est suspendue. Comme il sera vu un peu plus loin², les parties ne devraient donc pas pouvoir retarder arbitrairement la date de naissance d'une créance sans que ce recul ne corresponde à un événement incertain dans sa survenance auquel est suspendu l'existence même de la créance, à une condition suspensive.

525. Il est toutefois un obstacle qui doit être levé avant de pouvoir fonder toutes les exceptions sur l'article 1168 du Code civil, celui de la **rétroactivité de la condition suspensive** qui, comme le soulève Emmanuel Putman, ferait différer la condition suspensive des autres exceptions. Cet obstacle ne nous semble pas insurmontable.

D'une part, la rétroactivité de la condition ne fait pas l'unanimité. Ecartée en droit suisse et allemand, le projet de réforme du Code civil de la Chancellerie³ la supprime en droit français, tandis que l'avant-projet Catala⁴ entendait l'y conserver.

D'autre part et surtout, examinant de plus près la rétroactivité de la condition localisée à l'article 1179 du Code civil, il apparaît qu'**elle ne concerne en réalité que les effets réels du contrat, le transfert de propriété, mais n'atteint pas ses effets personnels, les créances prévues au contrat**.

En doctrine, dans sa thèse sur la rétroactivité de la condition, Monsieur Filderman relève que « *la rétroactivité ne peut s'exercer qu'à l'encontre des droits réels, ou pour employer une notion plus compréhensive, des actes de disposition qui ont été accomplis par le propriétaire pendente conditione. Seuls les droits réels sont en effet susceptibles de se transmettre sans disparaître. Seuls ils peuvent être recherchés dans le patrimoine d'un tiers où ils existent sans se confondre aux autres éléments de ce patrimoine... la rétroactivité avec ses effets propres, résolution de droit et suspension de la prescription ne peut exister qu'en matière de droits réels* »⁵. Et l'auteur n'aborde, dans les conséquences de l'effet rétroactif de la condition, que les actes de disposition, d'administration ou d'attribution des fruits⁶.

¹ Cf. supra n°444 et s., n°449.

² Cf. infra n°527 et s.

³ Art. 117 du projet de réforme.

⁴ Art. 1182 al. 2 de l'avant-projet.

⁵ R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la Condition dans les Conventions*, th. 1935, n°201.

⁶ Ibid, ce sont là les trois sections du 2nd chapitre de sa 2^e partie.

Moins explicite, la même conclusion peut cependant être tirée à la lecture d'Édouard Bernard sur les effets de l'accomplissement de la condition suspensive qui écrit que « *le premier effet de la condition accomplie est de ... donner naissance à l'action résultant de la convention conditionnelle* ». La créance naît donc de la réalisation de la condition pour l'auteur, non rétroactivement du jour du contrat. Puis il enchaîne sur la rétroactivité de l'article 1179 du Code civil : « *il résulte de là que le contrat existe avec tous ses effets du jour où l'engagement a été contracté...* ». Puis l'auteur en énonce les conséquences en se cantonnant à de seuls effets réels.

Le droit positif va également dans ce sens car il ne tire pas toutes les conséquences de la rétroactivité¹.

Dans le cas d'un prêt sous condition suspensive, le calcul des intérêts ne rétroagit pas au jour du contrat. La jurisprudence n'impose pas au débiteur de restituer les fruits perçus *pendente conditione*. Or, que ce soit les intérêts ou les fruits, il s'agit bien là de créances, de droits personnels qui ne sont donc pas atteints par la rétroactivité de la condition.

Une autre limite bien connue consiste à ne pas remettre en cause les actes d'administration passés par le débiteur *pendente conditione* sur la chose vendue. Mais, là encore, ne s'agit-il pas de droits personnels souscrits à l'occasion de l'administration de la chose, droits de créance qui ne sont encore une fois pas atteints par la rétroactivité de la condition.

La rétroactivité se réduirait en réalité à faire comme si l'acquéreur avait été propriétaire de la chose dès la signature du contrat afin d'empêcher le débiteur de la céder à d'autres *pendente conditione*². **C'est donc le seul transfert de propriété qui se trouve rétroactif et non pas la naissance des obligations contractées sous condition suspensive.** Les créances sous condition suspensive ne naissent pas rétroactivement au jour du contrat, elles naissent au jour de réalisation de la condition.

Il n'y a en réalité aucune différence entre la naissance retardée par une condition suspensive expresse et la naissance retardée par ce qui était présenté jusqu'à présent comme une autre exception, mais qui peut dorénavant être ramené à un cas de condition suspensive implicite. Ce rattachement des exceptions au PGD d'une naissance au jour du contrat au mécanisme de la condition suspensive permet d'envisager leur typologie.

2/ Typologie subséquente des exceptions

526. Les développements précédents permettent d'éclairer sur la mesure du rôle de la volonté des parties dans l'existence d'une exception au principe de naissance au jour du contrat. Celle-ci ne peut directement retarder la date de naissance d'une créance, il lui faut édicter, même implicitement ou naturellement, une condition suspensive (a). Il s'ensuit que la typologie des exceptions se décline en réalité en une typologie des conditions suspensives envisageables qui variera selon leur source (b).

¹ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, n°83, p. 73.

² Ou encore, mais il s'agit toujours des effets réels, lors d'un mariage, constitue un propre le bien acquis par un contrat sous condition suspensive avant mariage dont la condition ne s'est réalisée qu'après. Au contraire, constitue un bien commun celui acquis via une promesse unilatérale de vente souscrite avant mariage mais dont la levée d'option ne s'est opérée qu'après, sans doute car cette promesse unilatérale n'engendre que la création d'un droit personnel.

a) *L'inopérante volonté à ériger seule une exception*

527. Pothier et Demolombe remarquaient que la stipulation d'une condition dont la survenance de l'événement serait certaine ne serait pas une condition, mais un terme. D'autres auteurs du XIX^{ème} ayant étudié de près la condition vont également dans ce sens¹. Edouard Bernard écrivait ainsi : « *L'événement prévu doit être incertain. La condition d'une chose qui arrivera certainement n'est pas une condition, parce qu'elle ne suspend pas l'obligation ; elle en diffère seulement l'exigibilité : c'est un terme* »². Les parties ne peuvent donc pas ériger n'importe quel événement en condition suspensive. Celui-ci doit être incertain dans sa survenance même et non pas seulement dans sa date de survenance. À défaut il y aurait requalification de l'événement en simple terme.

Il s'ensuit que **la volonté ne peut pas tout faire**. Elle ne peut pas créer de toutes pièces une exception au principe de naissance au jour du contrat qui n'en serait pas naturellement une. Par exemple, les parties ne peuvent stipuler que la créance ne naîtra que dans six mois car il ne s'agirait pas là d'un terme mais d'une condition. Dans une vente, les parties ne peuvent retarder la naissance de la créance de prix au prochain exercice. Elles pourraient pourtant y avoir intérêt car le vendeur pourrait ainsi comptabiliser et imposer le produit sur l'exercice suivant et l'acheteur pourrait ainsi faire gonfler son résultat vis à vis des associés ou des tiers par déplacement d'un certain nombre de charges sur l'exercice suivant. Les parties d'un contrat d'agence commerciale ne peuvent décider à l'occasion de la rupture du contrat de reporter la naissance de la créance d'indemnité y afférente d'une ou deux années pour des raisons identiques à celles précitées dans le cas de la vente.

Ce n'est donc pas directement que les parties peuvent ériger une exception à la naissance des créances contractuelles au jour du contrat, en édictant que telle créance naîtra à telle date. La volonté n'intervient qu'indirectement en érigeant une condition suspensive ou en choisissant un contrat dont la nature ou les circonstances impliquent une naissance retardée des créances. Autrement dit, les exceptions dépendent dans une certaine mesure de la volonté des parties, non de l'arbitraire de celles-ci. L'événement auquel sera fixée la naissance des créances doit en effet répondre à un critère purement objectif, l'incertitude de sa survenance, à défaut de quoi la créance existe déjà nonobstant d'éventuelles stipulations en sens contraire des parties.

¹ M. HYACINTHE DELMAS, *De la condition en général, spécialement de la condition suspensive et de ses effets, comparaison avec le terme*, th. Toulouse 1867, p. 12 et 13.

² E. BERNARD, *De la condition en général et particulièrement de la condition suspensive et résolutoire*, th. Lille 1878, p. 26 : « *L'événement prévu doit être futur ; il n'y a pas condition si l'événement se rapporte, non à l'avenir, mais au temps présent ou passé ; même s'il est présent ou passé mais ignoré des parties, l'obligation ne saurait en dépendre : la relation à un événement déjà accompli, mais inconnu des parties ne produit pas l'effet d'une condition ; l'obligation subsiste au jour où elle a été contractée. L'art. 1181, en nous parlant de l'obligation sous condition suspensive, dit que c'est « celle qui dépend d'un événement actuellement arrivé mais inconnu des parties ». est une erreur de rédaction, que, du reste, le §2 vient rectifier : « dans le second cas l'obligation a son effet au jour où elle a été contractée. Ce qui rend l'obligation pure et simple... ».*

b) Les cas opérants de conditions suspensives

528. Édouard Bernard écrivait en 1878 que la condition suspensive « *est, soit expresse, soit tacite. Les conditions tacites... résultent : 1° de la loi... par exemple, les ventes à l'essai, les donations en faveur du mariage ... 2° De la nature du contrat ou des choses qui en font l'objet ; si la chose qui fait l'objet du contrat n'existe pas encore, mais peut exister ou ne pas exister ; une récolte, par exemple...* ».

Les cas de stipulations expresses d'une réelle condition suspensive ne faisaient pas de mystère. Les autres exceptions au principe d'une naissance au jour du contrat sont en réalité des cas de **condition suspensive implicite résultant « de la nature du contrat »¹ ou « de la nature des choses »².**

529. Telles qu'elles sont ici envisagées, les exceptions nécessitent une rénovation de la vision de la condition suspensive. Celle-ci paraît marginale. Mais si tous les cas d'exception au principe d'une naissance au jour du contrat correspondent à des conditions suspensives implicites, son application ne s'avère plus du tout anecdotique. Elle est simplement plus souvent implicite qu'explicite.

La nouvelle vision de la condition suspensive permet d'ouvrir les portes sur un renouveau de la lecture du Code civil. Celui-ci prévoit aux articles 1168 et 1185 le terme et la condition suspensive qui retardent l'exigibilité ou la naissance. Mais alors, a contrario, en l'absence de terme ou de condition, la naissance et l'exigibilité ne sont pas retardées, elles ont lieu immédiatement. Cette immédiateté au jour du contrat ne représente pas autre chose que l'expression de la thèse classique du principe de naissance des créances au jour du contrat.

Le terme et la condition ne sont pas simplement des modalités de l'obligation, ce sont des exceptions naturelles aux principes également naturels d'une naissance et d'une exigibilité immédiate des obligations. Ni l'un ni l'autre ne dépendent de la volonté arbitraire des parties puisqu'ils reposent sur un critère objectif, la certitude quant à la survenance de l'événement. Les parties peuvent bien stipuler, il y aura requalification si le critère objectif n'est pas présent. Inversement, il peut y avoir condition ou terme même en l'absence d'une stipulation expresse des parties, selon les circonstances et la nature de la convention.

Ainsi, il est de la nature du contrat de prêt que l'obligation de restituer les fonds naisse de leur remise alors même que le contrat serait consensuel. Il est de la nature du contrat de cautionnement que l'obligation de remboursement du débiteur principal ne naisse que du jour du paiement par la caution, quel que soit la nature subrogatoire ou personnelle du recours concerné. Il est de la nature de la responsabilité contractuelle que l'obligation de réparation ne naisse que de la survenance du dommage généralement concomitant de l'inexécution. Et il est de la nature des choses que, dans le cas d'une vente de chose future, l'obligation de livraison ne naisse que du jour de l'existence de la chose objet du contrat.

¹ Ibid.

² E. PUTMAN, th. op. cit., n°240.

Conclusion de section, la force d'un principe :

530. Seul posait véritablement problème l'aspect dogmatique de la thèse classique, son absence de fondement fiable et l'impossibilité subséquente de concevoir des exceptions au principe de naissance au jour du contrat. Y remédiant, la vision d'un dogme s'est trouvée dissoute dans l'identification d'un Principe Général du Droit ayant valeur légale. Les exceptions peuvent s'articuler avec ce principe identifier. Elles prennent toute la nature d'une condition suspensive. Rarement explicite, celle-ci se trouve le plus souvent naturelle ou implicite. La seule volonté arbitraire d'une partie ne peut donc pas retarder la date de naissance de la créance, il lui faut passer par la considération objective d'un événement futur à la survenance incertaine et à laquelle se trouve suspendue explicitement ou implicitement la naissance de la créance. Purgée de son aspect dogmatique, la thèse classique d'une naissance de principe au jour du contrat se retrouve consolidée et s'élève ainsi au dessus des critiques qu'avaient pu lui adresser les partisans des thèses contemporaines.

Conclusion de chapitre, l'approche renouvelée d'un principe :

531. Adversaire de la thèse classique, Gilles Endréo écrivait que celle-ci procédait d'une vision poussive de l'autonomie de la volonté hissée au rang de « dogme » à force d'habitude. Il est vrai que les arguments invoqués par les auteurs partisans de la thèse classique ne suffisent pas à fonder leur thèse. Il est vrai également que la vision dogmatique de la thèse classique pousse à ne pas y admettre d'exception alors pourtant que nombre de créances contractuelles ne naissent pas au jour du contrat, ce de façon incontestable. Nuisible, ce dogme a conduit la jurisprudence à fixer une date de naissance au jour du contrat alors pourtant que tel n'était pas le cas.

Ce n'était toutefois pas l'idée véhiculée par la thèse classique qui devait être remise en cause. Il a été vu au contraire au titre 1^{er} que les thèses contemporaines devaient être invalidées et la démonstration impliquait que les créances de prix naissent pour le tout au jour du contrat, y compris lorsqu'elles sont à exécution successive, les échéances successives étant nées antérieurement à leur survenance, vraisemblablement au jour du contrat.

C'est l'aspect dogmatique qu'avait fini par revêtir la thèse classique qui devait être écarté pour la consolider et l'affranchir des critiques de ses adversaires qui, critiquant la thèse d'une naissance au jour du contrat, pensaient à tort fonder leur propre thèse d'une naissance au stade de son exécution.

Au dogme doit être substituer un Principe Général du Droit qui s'articule avec des exceptions. Ces exceptions relèvent en réalité toutes de la condition suspensive qui peut être implicite ou naturelle et dépendre ainsi des circonstances ou de la nature du contrat. Ainsi, il n'est pas certain que la caution aura à payer la dette du débiteur principal. Ce paiement constitue l'événement futur et incertain qui conditionne la naissance de l'obligation de remboursement du débiteur principal à l'égard de la caution. Avant sa survenance, cette obligation n'existe pas. La jurisprudence en sens contraire doit être modifiée, car elle porte atteinte à la cohérence du droit. Il n'est pas possible de devoir rembourser ce qui n'a pas été déboursé. Le même raisonnement pourrait être appliqué à la créance de réparation issue d'un cas de responsabilité contractuelle. Elle est conditionnée à la survenance de l'inexécution du contrat. Il est heureux que cette inexécution ne soit pas certaine dans sa survenance

au jour de la formation du contrat, que la créance de réparation ne soit pas d'ores et déjà née à cette date.

532. Toutefois, les créances qui étaient appréhendées par les thèses contemporaines ne constituent pas des **exceptions** à la thèse classique. Elles incarnent au contraire sa **négation**. Le prix de vente n'est pas conditionné par l'existence de la chose, celle-ci étant tenue pour acquise et certaine par le contrat, même lorsqu'elle n'est que future. À défaut, le contrat de vente n'existerait pas encore et le vendeur n'engagerait pas sa responsabilité en cas d'absence de production, de création ou d'acquisition de la chose future vendue. De même, la jouissance future est certaine dans le contrat de bail. Son défaut constitue une faute du bailleur et engage sa responsabilité, excepté le cas de force majeure. La certitude dépend de la normalité prévue au contrat. Le bailleur ne loue pas sous la condition qu'il mette le local à disposition du preneur, à défaut de quoi il n'y aurait pas de contrat. Sous ce point de vue, le cas du contrat à durée indéterminée est certes plus discutable, mais ce sont d'autres arguments qui ont conduit à admettre une naissance pour le tout au jour du contrat malgré sa physionomie particulière. Surtout, telle n'est pas la question ici.

Or, si les thèses contemporaines ont pu être écartées, il n'en reste pas moins qu'elles sont appliquées en droit positif, tout spécialement en matière de privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté. Puisqu'il ne peut s'agir d'une exception s'articulant harmonieusement avec le principe de naissance au jour du contrat, c'est que la jurisprudence qui l'applique représente bien une négation de la thèse classique. Eu égard à la particularité de la matière et au doute que le fonction du mécanisme mis en œuvre puisse véritablement relever de la naissance des créances, nous avons mis jusqu'à présent cette jurisprudence de côté pour invalider les thèses contemporaines et revalider la thèse classique. Il convient à présent de la prendre en considération et de la confronter à la thèse classique. Renouvelée et consolidée dans son fondement, cette dernière ne peut être mise en échec par la jurisprudence particulière rendue en droit des entreprises en difficulté sur le terrain du privilège de procédure. Les auteurs partisans de la thèse classique l'expliquent par le recours à la technique de la fiction juridique. Cela ne peut en réalité pas être le cas, car il existe d'autres manifestations passées inaperçues de la thèse matérialiste d'une naissance de la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation. Puisque la thèse classique ne peut être remise en cause, mais que l'explication classique des points qui lui résistent ne peut être admise comme il sera vu, c'est que l'analyse de ce « foyer de résistance » à la thèse classique doit elle aussi être renouvelée.

Chapitre 2 : Approche renouvelée du « foyer de résistance »

533. La naissance des créances au jour de la formation du contrat ne doit pas être vue comme un dogme appliqué de façon inévitable. La vision authentique d'Emmanuel Putman doit être restaurée, c'est un principe assorti d'exceptions¹. Ces dernières s'expliquent et s'articulent harmonieusement avec le principe.

Emmanuel Putman identifiait deux domaines qui résistent au principe de naissance au jour du contrat, la cession de contrat et le droit des entreprises en difficulté. Nous avons déjà renouvelé l'analyse de la cession de contrat qui s'explique par une cession des créances et des dettes issues du contrat et ne résiste plus dès lors à la thèse classique². Il reste effectivement le droit des entreprises en difficulté que nous avons temporairement mis de côté en première partie pour examiner la validité des thèses contemporaines. Celui-ci ne constitue pas une exception s'articulant avec le principe de naissance au jour du contrat, il lui résiste. La jurisprudence en la matière représente un véritable « *ilot de résistance irréductible au principe de naissance des créances à la date du contrat* »³. La date de naissance adoptée en droit des entreprises en difficulté est atypiques, une naissance de la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation. Ainsi, le prix de vente naît de la livraison et non pas du contrat en matière de privilège de procédure. Il est temps maintenant d'examiner cette jurisprudence rendue en droit des entreprises en difficulté et de la confronter au principe de naissance au jour du contrat.

Cette jurisprudence incarne une naissance matérialiste, une naissance du prix ancrée dans le réel, dans l'exécution de la prestation. Sera davantage évoquée la « **naissance matérialiste** » portée par la jurisprudence rendue en matière de privilège de procédure que la « *thèse matérialiste* ». En effet, comme il a été vu, la thèse matérialiste n'est pas univoque mais se décline selon les auteurs qui se préoccupent tous de la date de naissance de la créance de prestation⁴. La jurisprudence en matière de privilège de procédure est univoque quant à elle et elle ne correspond pas tout à fait aux thèses matérialistes. **La créance de prix naît au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation** et la créance de prestation est éludée.

534. Comme il a déjà été remarqué, ce n'est en réalité pas tout le droit des entreprises en difficulté qui adopte la naissance matérialiste, mais uniquement l'application du privilège de procédure. En la matière, la réforme du 26 juillet 2005 a ajouté un critère téléologique à l'article L. 622-17 du Code de commerce pour qui les créances puissent bénéficier du privilège de procédure. Mais il ne s'agit que d'un ajout, ce nouveau critère ne se substitue pas à celui de la date de naissance de la créance. Si la créance n'est pas née après le jugement d'ouverture, elle ne peut pas bénéficier du privilège de procédure. Le critère de date de naissance de la créance persiste donc.

Surtout, la loi est en réalité venue consacrer à l'article L. 622-17 précité la naissance matérialiste, une naissance de la créance de prix au jour de l'exécution de la contreprestation. L'article dispose en

¹ E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. op. cit. 1987.

² Cf. supra.

³ E. PUTMAN, th. op. cit. n°232.

⁴ Cf. supra. Tandis que pour G. ENDREO cette créance naissait pour le tout au jour du contrat, elle apparaissait cycliquement à chaque début de période contractuelle pour la période suivante selon F. BARON.

effet que « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture (...) en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* », ce qui présuppose bien que les créances correspondant à la fourniture d'une prestation durant la procédure sont nécessairement nées postérieurement au jugement d'ouverture. Cela renie la thèse plus classique d'une naissance de la créance au jour du contrat dans l'hypothèse où la prestation en question serait fournie en vertu d'un contrat en cours, c'est à dire d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure collective.

La jurisprudence confirme bien cette négation de la thèse classique d'une naissance de la créance au jour du contrat. Dans un arrêt du 13 mars 2007, la Cour de cassation casse un arrêt d'appel qui avait refusé le privilège de procédure à une créance de fermages dus après le jugement d'ouverture au motif que « *l'origine et la cause de cette créance résident dans le contrat de bail* ». La cassation est opérée au motif que « *la créance de fermage afférente à la période* » postérieure au jugement d'ouverture était « *née régulièrement après* »¹ ledit jugement. La Cour de cassation réfute bien en la matière une naissance au jour du contrat pour consacrer une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation, en l'espèce *prorata temporis* s'agissant d'une prestation continue.

535. La doctrine est unanime, y compris les auteurs partisans de la thèse classique d'une naissance au jour du contrat contredite par la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure, « *il n'est bien sûr pas question de s'élever contre les solutions retenues par le droit des procédures collectives* »². Les partisans de la thèse classique expliquent la date de naissance atypique utilisée en la matière par la **technique de la fiction juridique**. Nicolas Thomassin l'énonce ainsi clairement : « *Le livre VI du code de commerce et la jurisprudence qui s'y rattache n'expriment pas le droit commun de la naissance des créances contractuelles : ils mettent en place une fiction* »³.

Toutefois, approfondissant la réflexion, la technique de la fiction juridique s'avère dépassée pour expliquer le phénomène de cette date de naissance atypique (section 1) et il est possible d'entrevoir derrière elle l'existence d'un concept nouveau qui ne correspond pas à la créance au sens juridique et classique du terme (section 2).

Section 1 : Les limites d'une fiction juridique

536. Pour exister sans mettre en péril le système dans lequel elle est implantée, une fiction doit être circonscrite à une minorité d'hypothèses. Ainsi, si l'explication par la fiction pouvait éventuellement s'appliquer à la date de naissance atypique utilisée par le droit des entreprises en difficulté, c'était à la condition qu'elle ne concerne que ce dernier. Or, tel n'est pas le cas. Le phénomène d'une

¹ Com. 13 mars 2007, n°05-21610, inédit. Plus récemment, voir com. 12 janv. 2010 n°08-21456, P. La cour d'appel avait fixé la date de naissance de la créance au jour du contrat en relevant « *la déclaration portait sur des sommes échues et à échoir au titre d'un contrat de crédit-bail conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure collective qui ne relevaient donc pas des dispositions de l'article L. 621-32 du Code de commerce* ». L'arrêt est cassé au motif que « *la créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constituait une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, qui n'était pas soumise à l'obligation de déclaration* ».

² S. TORCK, op. cit. n°23.

³ N. THOMASSIN, op. cit. n°15. Et même « *moins qu'une fiction* », n°16.

naissance matérialiste de la créance de prix, une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation se retrouve dans diverses autres branches du droit. Le phénomène que constitue cette date de naissance de la créance n'est donc pas marginal et isolé, mais sous-jacent et transversal. Pour cette raison, la fiction ne tient plus car le phénomène observé ne remplit plus les caractéristiques qu'elle doit recouvrir pour subsister en droit.

C'est donc la manifestation de la même naissance matérialiste de la créance en dehors du droit des entreprises en difficulté (§1) qui invalide son explication par la fiction (§2).

§ 1 : Un phénomène non exclusif au droit des entreprises en difficulté

537. La naissance matérialiste de la créance de prix est utilisée dans divers domaines au premier rang desquels nous placerons les droits comptable et fiscal. Comme sur le terrain du privilège de procédure, la créance de prix naît de l'exécution de la contreprestation en droit comptable ainsi qu'en droit fiscal.

538. Les **prétendues autonomies des droit fiscal et comptable** ne sauraient être opposées pour l'utilisation de ces deux branches du droit particulièrement riches en matière de créances si l'on pense à la fois aux créances d'impôts, aux créances imposées et aux dettes déductibles de l'imposition. **Maurice Cozian** a depuis longtemps fait litière de cet argument et il convient de citer l'éminent auteur ici. D'après lui, « *la référence à l'autonomie du droit fiscal relève trop souvent aujourd'hui du verbalisme et constitue le paravent facile d'une certaine paresse intellectuelle* »¹. Cette autonomie du droit fiscal constitue « *un alibi à une certaine ignorance réciproque des fiscalistes et des juristes* ». Et l'auteur conclut que « *le jour où les juristes auront la curiosité de mieux suivre la fiscalité et où les fiscalistes auront la même curiosité à l'égard des autres branches du droit, on s'apercevra que le droit fiscal est moins particulariste, moins autonome, moins réaliste qu'on le prétend* ».

À cela, nous ajouterons que les techniques comptables sont particulièrement transversales. Il en est fait usage pour tout partage en droit des successions, des sociétés, des indivisions. Certains auteurs ont d'ailleurs pu parler de « *personnification comptable* » lors de son application à des entités démunies de personnalité juridique². Et elles constituent la base de nombreuses informations indispensables tant en droit des sociétés qu'en droit des entreprises en difficulté, voire même en droit pénal si l'on pense par exemple que c'est la comptabilité qui permet d'établir l'élément matériel de l'infraction de distribution de dividendes fictifs³.

¹ M. COZIAN, « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^{ème} éd. 1999 p. 3.

² C. DE LAUZAINGHEIN, JL. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, Précis Dalloz 3^e éd. 2004, n°236.

³ N. PRAQUIN, « Du Code de commerce au décret-loi du 8 août 1935 : comptabilité et protection des créanciers dans les sociétés anonymes », in *Colloque du Bicentenaire du Code de commerce, 1807-2007*, Dalloz.

Si nous distinguerons les matières comptables et fiscales (A) des autres (B), ce n'est donc pas à cause des particularités de ces domaines, mais simplement en raison de l'ampleur des développements que nous consacrerons à ces matières d'ordinaire peu abordées par les juristes.

A. En droit comptable et fiscal

539. Souvent présentée comme l'algèbre du droit¹, la comptabilité et la fiscalité constituent des branches du droit et font à ce titre partie du système de droit privé. Outre les quelques dispositions du Code de commerce des articles L. 123-12 et suivants² qui déterminent les obligations comptables incombant aux commerçants, la source essentielle du droit comptable national demeure dans le Plan Comptable Général (PCG). Des normes européennes furent adoptées par règlement de la commission européenne³, les IFRS⁴ (International Financial Reporting Standards). Si leur domaine reste cantonné aux comptes consolidés des sociétés cotées⁵, elles conservent cependant une force doctrinale source d'inspiration pour le reste, en particulier pour les modifications successives du PCG⁶. Outre le PCG et les IFRS, si la jurisprudence se fait rarissime⁷, la doctrine se montre éminemment productive avec les recommandations de l'Ordre des Experts Comptables, du Conseil National des Commissaires aux Comptes, et de l'Autorité des Marchés Financiers. Le PCG se divise en cinq titres, l'objet et les principes de la comptabilité, les définitions des actifs, passifs, produits et charges, les règles d'évaluation et de comptabilisation, la tenue, la structure et le fonctionnement des comptes, les documents de synthèses.

Le **Plan Comptable Général** intéressera tout particulièrement ici car il pose et définit les principes et préceptes comptables applicables. Pour son élaboration, le Conseil National de la Comptabilité (CNC) émet un avis. Cet avis est étudié par le Comité de la Réglementation Comptable (CRC). Le CRC émet ensuite un règlement voué à acquérir la force obligatoire par un arrêté ministériel. Le Plan Comptable Général a donc une valeur juridique réglementaire, celle d'un arrêté ministériel⁸.

¹ Code pratique comptable Francis Lefebvre 2009, préambule, p. 20.

² Complétés par les articles R. 123-172 et suivants du même Code.

³ Règlement IFRS 2005 n°1906/2002 du 1/9 juill. 2002 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

⁴ Les IFRS concurrencent au plan européen les US GAAP, leur homologue américain. Du fait du mouvement de mondialisation ayant rendu nécessaire l'harmonisation des règles de représentation des situations financières des diverses entreprises, les organes de normalisation comptable des différents pays européens ont constitué un comité, l'International Accounting Standards Board (IASB), qui émet de nouvelles normes comptables, les IFRS, anciennement prénommées IAS (International Accounting Standards) (C. DE LAUZAINGHEIN, J.L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, Précis Dalloz 3ème éd. 2004, n°17 s.).

⁵ Ne sont pas concernés, ni les comptes individuels, ni les comptes consolidés de sociétés non cotées, les comptes consolidés représentant la situation financière d'un groupe de sociétés dans sa globalité, étant entendu que le groupe n'est pas doté de la personnalité morale, ce qui ne l'empêche pas d'avoir une existence au plan économique et sociologique, d'où l'utilité d'une représentation comptable de sa situation financière. Le règlement IFRS de 2005 laisse le choix aux Etats membres d'appliquer ou non les IFRS pour les comptes individuels. Mais il n'est pas possible en l'état d'appliquer en France les IFRS de façon généralisée, du fait de l'étroite imbrication, chez nous, du comptable, du fiscal, et du juridique. Or, les IFRS sont construites sur la base des réalités purement économiques sans considération aucune pour les aspects juridiques ou fiscaux. Par exemple, le matériel objet en crédit-bail figure en IFRS au bilan de l'entreprise alors même qu'elle n'en est pas propriétaire, ce parce qu'il est utilisé pour l'activité économique de la même façon que si l'entreprise en était effectivement propriétaire. D'importants obstacles juridiques, fiscaux et pratiques s'opposent donc à l'application générale des IFRS (Code pratique comptable Francis LEFEBVRE 2009, préambule, p. 20).

⁶ L'heure est à la convergence, au rapprochement des méthodes nationales sous l'égide des IFRS, ce pourquoi le CRC s'inspire autant que possible des IFRS pour les réformes successives et progressives notre PCG national.

⁷ Elle concerne pour l'essentiel les délits de bilan inexact ou de distribution de dividendes fictifs.

⁸ Le PCG est issu du règlement CRC 99-03 du 29 avril 1999. Il fut cependant depuis modifié et complété par divers autres règlements.

540. Il ne fait aucun doute que **le droit comptable appréhende la créance**. Techniquement, la comptabilité comporte un ensemble de comptes dont les mouvements positifs ou négatifs sont comptabilisés en crédit ou débit, ce qui n'est pas sans résonner avec l'idée de créance ou de dette¹.

Surtout, le Code de commerce énonce que le droit comptable doit appréhender les créances et les dettes en tant qu'éléments du patrimoine de l'entité économique considérée. L'art. L. 123-12 du Code de commerce dispose qu'il faut « *procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine* ». Et l'art. L. 123-15 dispose qu'il doit être donné « *une image fidèle du patrimoine* »². Or, le patrimoine constitue une universalité de droit qui se compose d'un actif et un passif corrélatif et la survenance de créances ou de dettes donnent alors lieu aux enregistrements précités, au titre de l'actif pour les créances ou du passif pour les dettes³. Pour cette raison, l'art. L. 123-25 du Code de commerce mentionne « *les créances et les dettes* » enregistrées. Plus précis, l'art. R. 123-182 du Code de commerce dispose que l'actif du bilan fait apparaître les créances au titre de l'actif circulant, l'art. R. 123-183 ventile l'actif en postes, le cinquième poste étant constitué des créances⁴ et le poste des immobilisations financières comportant notamment les créances liées à des participations⁵. Symétriquement, la liste des postes de passif est énumérée à l'art. R. 123-190 où figure le poste des dettes⁶. Enfin, l'art. R. 123-96 du Code de commerce fait état des informations devant notamment figurer dans l'annexe⁷, parmi lesquelles « *les créances et les dettes classées selon la durée restant à courir jusqu'à leur échéance* »⁸.

¹ C'est effectivement l'idée originelle de l'utilisation, mais cette idée ne subsiste que partiellement aujourd'hui. À l'origine, la comptabilité n'était pas aussi développée qu'aujourd'hui. Elle ne comportait que des comptes de personnes (banquier, fournisseur, client,...). Les débits et crédits des comptes correspondaient alors exclusivement à l'existence de créances et de dettes entre individus : un banquier inscrivait dans une colonne « doit » ce que le client lui devait et dans une autre « avoir » les créances que les tiers avaient sur lui. « Doit » et « avoir » sont par la suite devenus débit et crédit (Mémento Francis Lefebvre Comptable 2009 n°116). La comptabilité s'est beaucoup développée depuis pour devenir un système complexe ne comportant plus uniquement des comptes de personnes, mais également des comptes de stocks, de charges, de produits,... Les termes débit et crédit ont été conservés. Cependant, pour les autres comptes que les comptes de personnes, leur dénomination perd totalement son sens. Par convention, les termes débit et crédit sont conservés, mais désignent uniquement l'augmentation ou la diminution du compte selon qu'il s'agit d'un compte d'actif ou de passif. Les comptes d'actif augmentent au débit et diminuent au crédit tandis que les comptes de passif augmentent au crédit et diminuent au débit.

² Cette image sur la situation économique de la société a pour fonction d'informer trois catégories de personnes. Tout d'abord les gestionnaires de l'activité elle-même pour qui cette information constitue un outil indispensable d'aide à la décision. Ensuite, les associés qui s'enquièrent de l'état de leur investissement et du bon travail accompli par les organes de direction qu'ils nomment. Enfin les tiers extérieurs, soit qu'ils sont cocontractants actuels ou potentiels et souhaitent à cet égard connaître l'état de solvabilité de leur partenaire, soit qu'ils sont concurrents et souhaitent savoir comment se porte leur adversaire comparativement à leur propre situation.

³ L'art. R. 123-174 mentionne que « *les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise sont enregistrés opération par opération et jour par jour* ». Et l'art. R. 123-182 dispose que « *les éléments du patrimoine de l'entreprise sont classés à l'actif et au passif du bilan suivant leur destination et leur provenance* ».

⁴ Créances clients et capital souscrit non versé.

⁵ L'art. R. 123-84 définit les participations comme des droits dans le capital d'une autre personne morale qui, en créant un lien durable avec celle-ci, sont destinés à contribuer à l'activité de la société détentrice.

⁶ Et ce poste des dettes est détaillé : obligations, établissements de crédit, avances et acomptes reçus sur commandes en cours, dettes fournisseurs, dettes fiscales et sociales, dettes sur immobilisations.

⁷ L'annexe permet de faire apparaître des informations économiquement significatives, mais qui n'apparaissent pas dans les autres documents de synthèse. Tel est le cas des dates d'échéance des dettes figurant au bilan. Une dette d'un million d'euros ne sera pas appréciée de la même façon selon qu'elle est à payer dans l'année ou à plus de cinq ans. Tel est également le cas des dettes dont le paiement n'est pas certain comme par exemple des engagements de caution. D'où l'on voit déjà qu'il existe un décalage entre la réalité juridique et les enregistrements comptables puisque toutes les obligations ne sont pas nécessairement mentionnées au bilan de la société, il est parfois besoin de se référer à une source complémentaire d'informations.

⁸ En distinguant les dettes à moins d'un an, celles à plus d'un an et moins de cinq ans et celles à plus de cinq ans.

On pourrait croire que le droit comptable appréhende la même créance qu'en droit commun, qu'il l'enregistre à sa date de naissance ordinaire¹. Il n'en est rien. **Il adopte la même date de naissance que le droit des entreprises en difficulté** quant à la détermination des créances devant bénéficier du privilège de procédure de l'ancien article 40, la naissance matérialiste, **une naissance de la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation** (1). Il en va de même du **droit fiscal** qui prend comme point de départ les données comptables pour établir l'imposition des bénéfices (2).

1/ L'appréhension comptable de la créance à sa naissance matérialiste

541. En droit comptable, la vente ou l'achat sont pris en compte à la date de livraison, tandis que les prestations de services sont prises en compte au fur et à mesure de l'exécution. C'est bien la naissance matérialiste de la créance qui s'applique dans ce domaine. **L'article 312-7 du PCG** dispose ainsi qu'une « *dette à l'égard d'un fournisseur est comptabilisée lorsque, conformément à la commande de l'entité, la marchandise a été livrée ou le service rendu* ».

542. Du fait du principe de la **partie double**, l'enregistrement d'une facture² reçue ou expédiée donne lieu à la comptabilisation d'une charge ou d'un produit au compte de résultat d'une part, d'une créance ou d'une dette au bilan d'autre part. C'est la date d'émission de la pièce comptable qui est utilisée pour l'enregistrement comptable initial³, ce pour des raisons pratiques. Cependant, lors de la clôture des comptes et des opérations d'inventaires, des écritures de régularisations sont passées. Les factures de ventes enregistrées mais non encore livrées sont retirées des produits et des comptes clients pour être transférées dans des comptes transitoires⁴. De même pour les factures d'achats reçues mais dont les marchandises commandées n'ont pas encore été livrées. Ce n'est donc pas la date d'enregistrement comptable qui importe mais la date finale d'imputation d'une créance ou d'une

¹ À lire le mémento, on pourrait croire qu'il faut prendre en compte la date de naissance de la créance juridique car il est exposé que « *le résultat d'une opération est pris en compte dès que cette opération donne naissance à une créance ou à une dette certaine dans son principe et déterminée dans son montant* » (Mémento Francis Lefebvre Fiscal 2009 n°537). Or, la créance est certaine dans son principe et déterminée dans son montant dès l'accord sur la chose et le prix, dès la signature du contrat de vente conformément à l'art. 1583 du Code civil, sans qu'il soit besoin d'attendre la livraison.

² Conformément à l'art. L. 443-1 du Code de commerce, une facture doit être émise pour tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle. Les modalités de facturation ont fait l'objet d'une harmonisation au moyen d'une Directive du 20 décembre 2001. L'art. 443-1 précité reprend les mentions obligatoires de la facture telles qu'énumérées par la Directive. Une amende maximale de 75000 € est prévue pour toute contravention à l'art. L. 441-3. L'article précise que la facture doit être délivrée « *dès la réalisation de la vente ou la prestation du service* ». Concernant la vente, il faut entendre par cette expression que la facture doit être délivrée dès la livraison ou la prise en charge par l'acheteur. Concernant une prestation, elle doit être délivrée dès l'achèvement de la prestation. Tout cela contribue à créer chez les non-juristes une impression de naissance du droit au jour de l'exécution de la prestation et non pas au jour du contrat, de l'accord. C'est certes oublier que le texte ne prévoit pas la date d'exécution comme date intangible, mais comme date maximale. Autrement dit, les factures doivent être délivrées au plus tard lorsque la marchandise est livrée ou la prestation exécutée, mais elles peuvent être délivrées avant. L'administration précise d'ailleurs que l'établissement d'une facture entre le moment où la vente est devenue définitive et celui où a lieu la livraison ne constitue pas une infraction aux règles de la facturation (DGCCRF, note de service n°5322, JurisClasseur commercial, fasc. 277, Transparence tarifaire).

³ Lexique de comptabilité, Dalloz, 5^{ème} éd. 2002, par P. LASSEGUE et A. BAETCHE, p. 181, entrée « *Facture* ».

⁴ Les comptes de régularisation utilisés sont les suivants : 408 « Fournisseurs Factures non parvenues », 418 « Clients Produits non encore facturés », 486 « Charges constatées d'avance », 487 « Produits constatés d'avance ». Ces écritures de régularisation sont contrepassées à l'ouverture de l'exercice suivant.

dette sur un exercice, la date qui résulte des opérations d'inventaires effectuées pour l'établissement du bilan, du compte de résultat et des annexes.

Par exemple, pour un bail, ce seront au final les loyers courus au titre de l'exercice qui seront comptabilisés, à savoir les loyers correspondant à la période de jouissance de l'exercice clôturé¹. Nous retrouvons ici une expression souvent utilisée par la jurisprudence en matière de détermination des créances bénéficiant du privilège de procédure de l'ancien article 40 la créance de loyer « *correspondant à la période de jouissance* ». Il en va de même pour les intérêts des emprunts². Seuls les intérêts correspondant à la période de jouissance de l'exercice clos son pris en compte. Et le même schéma se reproduit pour les contrats d'assurance.

543. Les contrats à long terme font l'objet de règles spécifiques. Un contrat à long terme est un contrat dont l'exécution d'une prestation s'étale sur deux exercices au moins car elle constitue ou contribue à l'aboutissement d'un projet de longue haleine. La problématique du traitement comptable réside dans la comptabilisation du bénéfice généré par ce contrat. L'article 380-1 du PCG prévoit deux modes de comptabilisation, la méthode de l'achèvement ou celle de l'avancement.

La **méthode de l'achèvement** consiste à comptabiliser le bénéfice à la fin de la prestation, donc en totalité sur l'exercice au cours duquel la prestation s'achève. Pour ce faire, les charges comptabilisées au cours des exercices précédents sont neutralisées en enregistrant leur équivalent en produits : le compte 71331 « *produits en cours* » ou le compte 71335 « *travaux en cours* » est crédité par le débit d'un compte de stock, 331 « *produits en cours* ». Le chiffre d'affaires généré par le contrat est définitivement enregistré sur l'exercice d'achèvement au cours duquel les stocks de produits en cours sont supprimés et comptabilisés en charges. L'intégralité des charges afférentes au contrat se trouve par ce biais également imputée sur l'exercice d'achèvement, ce qui explique que le bénéfice, différence entre les produits et les charges totales, se retrouve en totalité sur ce même exercice.

La **méthode de l'avancement** consiste à comptabiliser le bénéfice proportionnellement à l'avancement des travaux. Les charges ne sont donc pas neutralisées. Mais le chiffre d'affaire généré par le contrat sera étalé sur autant d'exercices que nécessaires à l'accomplissement de la prestation. L'écriture de régularisation est alors une écriture de produit à constater que nous avons déjà rencontrée : le compte 4181 « *clients factures à établir* » est débité par le crédit du compte de produit correspondant à la nature de la prestation accomplie, par exemple 706 « *prestations de services* ».

Si le plan comptable autorise les deux méthodes, il indique une **préférence** certaine pour la seconde, celle de l'avancement : « *La méthode de l'avancement conduisant à une meilleure information, est considérée comme préférentielle* ». Les normes internationales **IFRS** dont le PCG s'inspire, sont quant à elles plus tranchantes, elles préconisent l'application exclusive de cette méthode de

¹ G. ENSELME, *Introduction à la comptabilité*, Litec, 2007, n°626, avec des exemples d'écritures de régularisation. Les loyers sont enregistrés à leur date de paiement ou bien à celle de la quittance selon les pratiques, mais ces écritures donnent lieu à régularisation en fin d'année, régularisations qui visent à faire correspondre le montant enregistré à la somme correspondant à l'occupation de l'exercice, ni plus ni moins ; ces écritures de régularisation différeront donc selon que le loyer est à termes échus ou à termes à échoir. Par exemple, une écriture de régularisation peut consister à créditer le compte 613 « Locations » de la quote-part de loyer afférente à une occupation postérieure, qui se trouve ainsi retirée des charges de l'exercice, par le débit du compte de régularisation 486 « Charges constatées d'avance », qui représente une mise en attente pour une imputation sur l'exercice suivant.

² Les intérêts constituent une dette financière. On utilisera donc un compte de régularisation des dettes financières du passif pour passer l'écriture : débit du compte 661 « Charges d'intérêts » par le crédit du compte 1688 « Intérêts courus ».

l'avancement : « *les produits et les coûts du contrat associés au contrat de construction doivent être comptabilisés respectivement en produits et en charges en fonction du **degré d'avancement** de l'activité du contrat à la date de clôture* »¹. La méthode de l'achèvement n'est admise qu'exceptionnellement lorsqu'il est impossible d'évaluer le résultat futur produit par ledit contrat. Or, la méthode de l'avancement préférée lorsqu'elle est techniquement possible, correspond à la date de **naissance matérialiste** de la créance une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation.

544. Dans tous les cas, il n'est pris **aucun égard pour la thèse classique d'une naissance au jour du contrat** pour l'intégralité des loyers à échoir ou des intérêts à échoir. Tout au plus l'information figure-t-elle en annexe. Mais il convient de souligner qu'il n'est pris aucun compte des dates d'échéances ou plus généralement des périodes d'échéance. **Ce n'est pas la thèse périodique** qui est appliquée ici, **mais la naissance matérialiste**, une naissance de la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation, exactement comme en droit des entreprises en difficulté sur le terrain du privilège de procédure de l'ancien article 40.

Comme en droit des entreprises en difficulté, les solutions adoptées par le droit comptable en la matière ne sont ni contestables ni contestées. Utiliser la naissance pour le tout au jour du contrat n'aurait aucun sens, l'exercice de signature du contrat serait par trop obéré. Surtout, les comptes annuels ne reflèteraient plus une image fidèle de la société. L'image fidèle ne se retrouverait pas avec la prise en compte à la date d'échéance ou en début de période car alors il pourrait y avoir un décalage important entre la prise en compte et la date d'utilisation du service, par exemple en cas de loyers exigibles semestriellement et de survenance d'une clôture en début ou en fin de période. On comprend bien qu'il apparaît logique de comptabiliser les charges sur les exercices au cours desquels elles sont consommées, même si la date de naissance stricte de la créance, au sens juridique, n'est plus utilisée pour cela.

C'est également la méthode et la naissance de la créance adoptée par le droit fiscal qui reprend les solutions du droit comptable en la matière.

2/ La confortation du droit fiscal dans l'imposition des bénéfices

545. L'art. 209 al. 1^{er} du CGI opère un renvoi aux règles applicables en matière de **BIC** pour la détermination du bénéfice imposable à l'**IS**². Les BIC relèvent de la fiscalité des entreprises tandis et s'opposent à la fiscalité des ménages. La fiscalité des entreprises repose sur une comptabilité d'engagement³ alors que la fiscalité des ménages repose sur une fiscalité de caisse¹. Les revenus

¹ IAS 11 Contrats de construction. Les contrats de constructions constituent l'une des applications des méthodes de comptabilisation des contrats à long terme.

² L'IS ne fut créé qu'en 1948. Auparavant, les personnes morales étaient assujetties à l'IR au même titre que les personnes physiques, dans la cédule des BIC. C'est la raison historique pour laquelle les règles de détermination de l'assiette de l'IS renvoient aux règles sur les BIC (J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis 2^e éd. 2011 n°1485).

³ Nous généralisons, mais certaines entreprises échappent à la comptabilité d'engagement, il s'agit des activités non commerciales imposables dans la cédule des Bénéfices Non Commerciaux (BNC). Il s'agit pour l'essentiel des professions libérales. Ces mêmes bénéfices peuvent toutefois se voir appliquer la comptabilité d'engagement si l'activité est exercée au sein

salariaux ne seront imposés à l'impôt sur le revenu (IR) qu'à la date de leur encaissement, autrement dit à la date de paiement de la créance de salaire de redevable. Au contraire, les bénéfices d'une entreprise industrielle et commerciale ou d'une société soumise à l'IS seront imposés dès la naissance de la créance², peu importe la date d'exigibilité ou de paiement de cette dernière. Ceci s'explique par une faveur accordée aux ménages. Ceux-ci sont présumés avoir des épaules financières moins solides qu'une entreprise commerciale qui se doit d'avoir un fonds de roulement adéquat à son activité. N'imposer que les encaissements permet ainsi de ne pas faire peser sur les ménages un impôt sur des sommes qu'ils n'auraient pas encore encaissées, cela évite que les ménages n'aient à avancer l'argent nécessaire au paiement de leur impôt car le contraire serait problématique pour le cas où ledit ménage n'aurait pas d'économies.

Il est donc fait **référence au bénéfice comptable pour déterminer le bénéfice imposable**. Résultat comptable et résultat fiscal ne sont toutefois pas nécessairement identiques car des corrections extracomptables doivent être apportées³. Ces corrections ne sont cependant pas dues à un décalage de la date de naissance des créances ou des dettes entre le droit fiscal et le droit comptable. Le droit comptable applique donc les règles précédemment énoncées en droit comptable. Il n'en fut cependant pas toujours ainsi, cet alignement est en effet le fruit d'une évolution jurisprudentielle issue d'une réflexion doctrinale. Surtout, les règles fiscales définissent de façon autonome les règles d'imposition du bénéfice. L'examen de ces règles conduit à nouveau au constat d'une application de la naissance matérialiste en la matière, la même qu'en droit des entreprises en difficultés.

546. Les principes applicables en la matière sont localisés à **l'article 38-2 bis du CGI**, qui dispose que *« les produits correspondant à des créances sur la clientèle ou à des versements reçus à l'avance en paiement du prix sont rattachés à l'exercice au cours duquel intervient la livraison des biens pour les ventes ou opérations assimilées et l'achèvement des prestations pour les fournitures de services »*.

La livraison correspond bien à la solution adoptée par le droit des entreprises en difficulté pour la naissance de la créance du prix de vente. Par contre, pour la date de prestation de service, si la date de l'achèvement s'oppose elle aussi à la thèse classique d'une naissance au jour du contrat, elle ne correspond pas tout à fait à celle du droit des entreprises en difficulté, une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation. Mais la suite de l'article 38-2 bis vient préciser et décliner les principes annoncés et l'on retrouve alors la date d'exécution de la prestation utilisée en droit des entreprises en difficulté, la naissance matérialiste.

Le principe de l'achèvement de la prestation de service, se trouve aussitôt aménagé dans ses a) et b) de l'article.

d'une société commerciale car l'activité change alors de qualification et devient commerciale par la nature de la personne qui l'exerce, à savoir une société soumise à l'IS.

¹ F. DOUET op. cit., n°203 s.

² La date de naissance de la créance économique comme il sera observé.

³ Mémento Francis Lefebvre Fiscal 2012.

Le a) dispose que sont imposées « au fur et à mesure de l'exécution », « *les prestations continues rémunérées, notamment par des intérêts ou des loyers et (...) les prestations discontinues mais à échéances successives échelonnées sur plusieurs exercices* ».

Le b) dispose concerne les « *travaux d'entreprise donnant lieu à réception complète ou partielle* » qui sont imposés quant à eux « *à la date de cette réception, même si elle est seulement provisoire* ».

En pratique, ces règles reviennent bien plus simplement à **imposer la prestation de service au fur et à mesure de son exécution**, à tout le moins à s'en rapprocher le plus possible dans le cas des réceptions partielles successives aménagées par le contrat.

547. Pour les **prestations continues**, l'exemple des intérêts et du loyer est donné par le texte. Il s'agit de l'application de la règle du couru¹ que nous avons déjà rencontrée en droit comptable. Le prix de la jouissance octroyée est appréhendé au fur et à mesure de celle-ci, à savoir *prorata temporis* puisque cette jouissance est continue dans le temps. Ainsi, dans le cadre d'une remise d'effet à l'escompte, les intérêts représentant la jouissance future des fonds avancés sont immédiatement prélevés par la banque, immédiatement payés donc. Le Conseil d'État² considère cependant que seuls les intérêts courus doivent être comptabilisés dans l'hypothèse où une clôture intervient entre la remise à l'escompte et l'échéance de la créance³. Les intérêts payés correspondant à l'exercice suivant doivent donc être réintégrés au bénéfice comptable pour obtenir le bénéfice fiscal⁴.

548. Pour les **prestations discontinues** à échéance successive, ce n'est pas l'échéance de la rémunération qui est appréhendée par le texte, mais celle de la prestation⁵. Peu importe donc les modalités de paiement, un seul ou plusieurs paiements, seul compte le caractère successif et discontinu de la prestation caractéristique prévue au contrat.

La complexité du texte est regrettable⁶. Il eut été possible à tout le moins de supprimer le terme « échéance » qui fait penser au paiement d'une somme d'argent. Surtout, il eut été possible d'après

¹ P. OUDENOT, *Fiscalité approfondie des sociétés*, Litec 2^{ème} éd. 2001 n°370.

² CE 1^{er} juin 2001, *Dr. fisc.* 2001 n°47 comm. 1647 concl. J. COURTIAL, *RJF* août-sept. 2001 n°1043.

³ Pour une explication particulièrement claire et précise : M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises* 2006/2007, 30^e éd., n°138.

⁴ À moins qu'ils n'aient été traités comptablement en charges constatées d'avance car, si la pratique comptable enregistre les frais de remise à l'escompte au jour de leur paiement, aucune norme impérative n'interdit de procéder différemment.

⁵ À l'occasion de la prestation d'un cabinet d'expert-comptable : instr. 22 août 1994, BOI 4 A-11-94, *Dr. fisc.* 1994 n°38 ID 11198. À l'occasion de la prestation d'un Centre de Gestion Agréé (CGA) : instr. 20 avr. 1998, BOI 4-A7-98, *Dr. fisc.* 1998, n°20-21, 12000. Pour une application, voire CAA Bordeaux 20 mai 1997 n°95-198, *DF* 1997, 1137.

⁶ CE 10 janv. 2005, *RJF* 2005, n°253490, SA Cabinet JG Bez, *RJF*, 4, 298, BDCF 2005, 4, 40, concl. L. OLLEON. Il s'agissait d'un expert-comptable dont le contrat prévoyait des phases successives d'exécution. Pour M. OLLEON, l'intérêt entre prestations continues et discontinues à exécution successive n'a pas d'intérêt car dénué de conséquence fiscale, le tout étant en réalité de savoir s'il s'agit d'une « prestation unique », auquel cas on applique la règle de l'achèvement, ou d'une prestation susceptible d'être imposable au fur et à mesure de son exécution. Il nous semble que tout est affaire de terminologie ici. La prestation unique ne l'est plus tant que cela dès lors qu'elle s'étale sur plusieurs exercices et qu'elle soulève en conséquence la question de son éventuelle répartition entre eux. Alors on recherchera simplement s'il existe un moyen d'ordre informationnel ou bien relevant de la pratique comptable, de l'évaluation, du calcul économique, des mathématiques, de répartir la valeur créée entre les deux exercices. La prestation unique devient donc un contrat à long terme du simple fait qu'elle s'étale sur plus d'un exercice et qu'elle fait surgir la nécessité d'être ventilée. En conclusion, peu importe qu'il s'agisse d'une prestation unique, pensons-nous, ce qui est heureux car cela évite de s'engouffrer dans le dilemme épineux du critère d'identification de la « prestation unique ».

nous de se référer à la notion civiliste de contrat à exécution successive de la façon suivante, par exemple : « la rémunération des contrats à exécution successive (donc continue et discontinue) est imposée au fur et à mesure de l'exécution de la prestation ». Les contrats à prestation discontinue correspondraient à la notion civiliste de contrat à exécution échelonnée, mais nul besoin de les extirper des contrats à exécution successive car autant faire correspondre une unité de nature à l'unité de régime prévue à l'art. 38-2 bis du CGI pour des deux types de contrats.

549. Concernant le b) qui prévoit une imposition au jour de la **réception complète ou partielle pour les travaux d'entreprise**, il faut toutefois compter avec les évolutions comptables en la matière. Si la comptabilisation à l'achèvement était autrefois le plus souvent pratiquée, le PCG, comme il a été vu précédemment, inspiré des normes comptables européennes (IFRS), prône dorénavant la comptabilisation du profit à l'avancement, soit au fur et à mesure de l'avancement des travaux dès lors que des outils prévisionnels permettent de le déterminer précisément et que le profit futur se trouve suffisamment probable. Seulement le texte fiscal exige quant à lui l'acte juridique d'une réception partielle. Qu'en sera-t-il alors en cas d'absence de réception partielle ou en cas d'exécution partielle non réceptionnée depuis la dernière en date ? L'importance des nouvelles normes comptables laisse penser qu'elles se répercuteront sur le fiscal, faisant sauter au besoin la condition fiscale textuelle d'une réception. Maurice Cozian exprime une pensée en ce sens en exposant les évolutions comptables tout en passant sous silence la condition de réception à l'occasion de ses observations sur cet art. 38-2 bis b¹. Au surplus, la différence entre les méthodes d'achèvement et d'avancement ne joue qu'à la marge car, en cas d'utilisation de la méthode de l'achèvement, les charges afférentes à l'opération seront inhibées par la comptabilisation des produits en cours, si bien que la différence se réduit en réalité au seul bénéfice partiel non comptabilisé dans la méthode de l'achèvement.

Mais il n'est pas que les droits comptable et fiscal qui font application de la naissance matérialiste de la créance utilisent sur le terrain de l'ancien article 40 en droit des procédures collectives. Cette même naissance atypique de la créance se retrouve en dehors de ces domaines, ce qui montre bien la transversalité du phénomène et sa correspondance avec un concept ou un mécanisme sous-jacent du droit qui n'a de toute évidence pas encore été remarqué.

B. En dehors des droits comptable et fiscal

550. Sans prétendre à l'exhaustivité, une application de la naissance matérielle de la créance peut être relevée en droit des biens en matière d'usufruit (1), en droit patrimonial de la famille dans le cadre de la liquidation de la communauté légale (2) et en droit du travail en matière d'AGS (3).

¹ F. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis 2013, n°59 et 60.

1/ En matière d'usufruit

551. Il est un domaine où **la date de naissance matérialiste est légalement consacrée**, celui des fruits civils pour lesquels **l'article 586 du Code civil** dispose que « *les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme comme aux loyers des maisons et autres fruits civils* ».

La disposition sert à opérer la répartition des fruits entre le nu-propriétaire et l'usufruitier au début ou à la fin de l'usufruit. Il s'agit bien d'une naissance matérialiste car, que ce soit pour les baux ou pour les intérêts, par exemple, comme la prestation est continue et correspond à la jouissance de la chose dont les fruits sont tirés via son exploitation par un contrat, alors l'exécution de la prestation coïncide nécessairement avec l'écoulement du temps.

552. Mais l'intérêt de cet article va au-delà du simple constat d'une utilisation de la naissance matérialiste. L'article semble consacrer une dualité des dates de naissance de la créance puisqu'il ne dispose pas que les fruits s'acquièrent jour par jour, mais qu'ils sont « *réputés* » s'acquérir jour par jour, ce qui sous-entend que cette date de naissance de la créance de fruits ne correspond pas à la normalité, une naissance au jour du contrat de bail ou de prêt à intérêt du droit subjectif personnel aux fruits, de la créance de fruits.

Est également remarquable la terminologie particulière utilisée, « *l'acquisition* » des fruits, car il sera vu que la doctrine comptable et fiscale utilise une terminologie similaire pour désigner l'acception particulière de la créance appréhendée dans ces domaines, c'est « la théorie de la créance acquise ».

2/ En droit patrimonial de la famille

553. Philippe Simler soulève clairement la problématique de la date de naissance des créances appliquée en la matière : « *s'agissant d'honoraires dus pour des prestations successives, la question est de savoir si la créance est née dès la convention initiale définissant la mission et les honoraires de l'architecte ou seulement au fur et à mesure de l'accomplissement de cette mission* ». L'auteur rappelle qu'en principe la créance naît au jour du contrat, mais concède que la solution correspondante ne serait pas « **juste** ». Il propose alors l'évidence de se caler sur la date d'exécution de la prestation, mais sans expliciter de réel fondement juridique : « *Il serait plus juste de considérer que la convention d'architecte ne détermine que le cadre de la mission et le mode de calcul des honoraires, la créance d'honoraires ne naissant véritablement qu'au fur et à mesure de l'exécution du contrat selon les tranches en usage* »¹.

¹ On reconnaît ici une analogie avec la résolution totale ou seulement partielle du contrat selon que celui-ci est indivisible ou divisible par tranches. On peut toutefois se demander alors ce qu'il adviendrait en cas de survenance du divorce au milieu de l'exécution d'une tranche. D'après nous, il faut évaluer au mieux la part de prestations exécutée car ici, derrière le critère de date de naissance de la créance juridique, c'est en réalité le critère de date de naissance de la créance économique qui se cache, celle-ci correspondant à la date d'exécution de la contreprestation.

Simplifiant le processus, lors du divorce des époux mariés sous le régime de la communauté légale, il y a lieu de procéder au partage de cette indivision sui generis. Seulement, avant de pouvoir la partager, encore faut-il au préalable la liquider, en reconstituer les masses active et passive. À cet effet, les art. 1401 et 1409 du Code civil donnent la clé pour recomposer ces masses.

Pour l'actif, l'article 1401 du Code civil dispose que « *la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux (...) et provenant tant de leur industrie personnelle que (...) de leurs biens propres* ». Les acquêts ne sont autres que les biens acquis par les époux durant le mariage. Or il résulte des travaux de la doctrine¹ que les créances constituent des biens. L'art. 529 du Code civil est d'ailleurs en ce sens en disposant que « *sont meubles par la détermination de la loi, les obligations et actions qui ont pour objet des sommes exigibles ou des effets mobiliers* »². Pour être un bien, encore faut-il que la créance soit née. Il en résulte que les créances nées durant la vie commune constituent des biens communs, le critère de date de naissance s'applique pour déterminer les créances communes devant être incluses au partage. La Cour d'appel de Paris l'énonce expressément concernant la créance salariale : « *considérant qu'un droit est commun en son entier si le fait générateur est **né** pendant la communauté ; qu'une créance de salaire **née** durant la vie matrimoniale est commune...* »³.

Cette analyse se justifie également par parallélisme avec le passif pour lequel l'article 1409 du Code civil est plus explicite : « *la communauté se compose passivement (...) des (...) dettes **nées** pendant la communauté* ». Il est normal que les textes soient plus explicites pour le passif que pour l'actif concernant l'utilisation du critère de date de naissance de la créance car le passif ne peut comporter que des dettes, des obligations, tandis que l'actif comporte toutes sortes de biens dont des créances des obligations⁴.

Ainsi, les obligations nées pendant le mariage font partie de la communauté active ou passive selon le rôle tenu par le ou les époux dans le rapport d'obligations.

554. Un examen de la jurisprudence montre que la date de naissance de la créance contractuelle adoptée en l'espèce ne correspond pas avec la thèse classique d'une naissance au jour du contrat.

Concernant la **créance de salaire**, si celle-ci naissait au jour du contrat de travail, le caractère commun ou propre dépendrait de la date de signature du contrat de travail. Tel n'est pas le cas. Il est fait référence à la date d'exécution du contrat pour fixer la date de naissance de la créance salariale et par conséquent son caractère commun ou propre. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux estime commune une indemnité d'assignation à résidence car se rattachait à une « *activité professionnelle* » exercée durant la vie commune⁵. Il en va de même pour les actions acquises au titre d'un plan épargne entreprise car elles « *trouvent leur origine dans son activité* » exercée durant la vie

¹ SALEILLES et GINOSSAR essentiellement.

² Les obligations ou créances sont donc des biens meubles. L'art. ne fait pas ici référence aux actions de sociétés et aux emprunts obligataires tout simplement parce qu'il traite par la suite de ces dernières, « les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie ».

³ CA Paris, 14 avr. 1995, D. 1995, 127.

⁴ Si l'on parle de naissance des créances, on parle plutôt de l'achat ou de la fabrication d'un bien (autre qu'une créance) que de sa naissance. Cela provient sans doute du caractère personnel de la créance qui permet davantage l'analogie avec les êtres vivants, tandis que le caractère purement réel des autres biens s'y oppose ou rend à tout le moins l'analogie malaisée.

⁵ CA Bordeaux, 18 oct. 2007, JurisData n°2007-345938.

commune¹, ou encore des indemnités résultant d'un dommage corporel et en réparation du préjudice économique de perte de revenus car « *elles constituent le substitut de ceux qui auraient été perçus pendant la durée du régime* »² énonce la Cour de cassation.

Il ne s'agit pas d'une spécificité du contrat de travail, puisque la solution adoptée est la même concernant des **prestations de services**, il n'est pas fait référence au contrat ou à la commande, mais à la date d'exécution de la prestation. Ainsi en va-t-il pour un architecte, sont communs ses honoraires perçus pour son « *activité* »³ exercée durant la vie commune, pour des « *travaux d'aménagement exécutés* »⁴ durant la communauté légale, ou bien pour les produits d'une exploitation agricole dont le caractère commun est apprécié en fonction de la date du « *travail effectué* »⁵.

555. Le raisonnement appliqué est toujours le même concernant la reconstitution du **passif**, il n'est pas fait référence à la date de la commande, mais à la date à laquelle les « *travaux* » ont été « *effectués sur l'immeuble commun* »⁶ pour déterminer si les factures correspondantes font partie du passif de la communauté légale.

Deux arrêts sur le **crédit-bail** peuvent certes être cités dans le sens de la thèse classique. Stéphane Torck⁷ cite un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 12 janv. 1994⁸. Les juges du fond avaient refusé d'inclure dans le passif commun des redevances de crédit-bail payées après la séparation pour du matériel professionnel par lui conservé. L'arrêt des juges du fond était censuré pour défaut de base légale, pour ne pas avoir « *recherché si l'obligation de paiement de ces loyers n'était pas une dette de la communauté pour être née au cours de celle-ci* ». Puisque les termes et la jouissance étaient postérieurs, il ne reste plus que le contrat de crédit-bail comme date potentielle antérieure. Cet arrêt applique donc la thèse classique d'une naissance de la créance au jour du contrat de toutes les redevances postérieures. Est également en ce sens un arrêt du 29 novembre 1994 aux faits similaires, mais avec un cas d'ouverture à cassation contestable⁹, la violation de l'art. 1409.

556. Quoi qu'il en soit, il existe davantage d'arrêts contraires à la thèse classique en la matière que les deux arrêts relevés qui vont en ce sens. Surtout il est possible de pressentir que **la thèse classique n'est pas praticable ici**. Elle signifierait que l'époux qui souscrit un contrat de travail durant la vie commune devrait reverser à son ex-conjoint la moitié de tous ses salaires postérieurs à leur séparation car ceux-ci ne constitueraient que les termes de la créance de salaire née durant la communauté et par conséquent commune pour son intégralité.

¹ CA Versailles 8 janv. 2004, JurisData n°2004-248290.

² Civ. 1, 26 sept. 2007, n°06-13827, P.

³ Civ. 1, 13 oct. 1993, n°91-19234, inédit.

⁴ CA Paris, 5 janv. 1994, JurisData n°1994-020207.

⁵ CA Toulouse, 4 juin 1997, JurisData n°1997-043402.

⁶ CA Bordeaux 30sept. 1992 JurisData n°1992-045890.

⁷ In colloque du CEDAG, op. cit. p. 25 n°16.

⁸ Civ. 1, 12 janv. 1994, n°91-18104, P, D. 1994, 311, R. CABRILLAC, *JCP N* 1994 p. 329 J.-F. Pillebout.

⁹ Car la cour de cassation ne relève à aucun moment que le contrat de crédit-bail, dans lequel résiderait la date de naissance de la créance de redevances, ait été souscrit durant la vie commune, d'où l'on peut se demander si une cassation pour défaut de base légale pour ne pas avoir recherché si tel avait été le cas n'aurait pas été plus adaptée.

D'ailleurs, il est aussi possible de pressentir que les solutions précitées concernant le contrat de bail et faisant application d'une date de naissance au jour du contrat sont gênantes car inopportunes. Elles reviennent à faire supporter à l'épouse la moitié des redevances de crédit-bail postérieure à la séparation des époux alors que le mari en a, non seulement conservé la jouissance postérieure, mais également le droit d'option à l'issue du contrat dont on sait que le prix ne contribue que faiblement à l'achat puisque ce sont économiquement tous les loyers qui participent à son financement.

3/ En matière d'AGS

557. Née du constat d'insuffisance des privilèges et superprivilèges des créances salariales, instaurée par la loi du 27 décembre 1973, l'Association pour la gestion du régime d'assurance des créances du salarié (AGS) garantit le paiement des salaires dus en cas d'ouverture d'une procédure collective chez leur employeur, mais dispose d'un recours subrogatoire contre ce dernier pour les sommes versées¹.

Sont en premier lieu garanties « *les sommes dues aux salariés à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire* »². Par créances dues à l'ouverture de la procédure, il faut entendre créances salariales nées avant l'ouverture de la procédure. Est ainsi cassé l'arrêt qui rejette la couverture d'une indemnité consécutive à la requalification du contrat en contrat de travail à temps complet car, « *en statuant ainsi, alors que la **créance** du salarié s'analysait en un complément de salaire, la Cour d'appel qui a constaté qu'elle était **née avant l'ouverture de la procédure collective**, a violé le texte susvisé (art. L. 143-11-1 du Code du travail)* »³.

Les créances nées après l'ouverture de la procédure ne sont garanties que sous certaines conditions, essentiellement dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire : « *n'ayant pas constaté que la société eût fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, il (le conseil des prud'hommes) ne pouvait ni ordonner l'inscription sur le relevé des créances salariales de **créances postérieures au jugement d'ouverture** ni mettre à la charge de l'AGS la garantie **desdites créances*** »⁴.

Cette jurisprudence, tout comme celle rendue sous l'ancien article 40, n'est ni contestée ni contestable bien qu'elle ne fasse pas application de la date de naissance classique de la créance. Dans l'hypothèse inverse, tous les salaires impayés seraient toujours couverts par l'AGS sans distinction puisque les contrats de travail sont a priori toujours antérieurs à l'ouverture de la procédure collective⁵. Certes cela correspondrait encore à l'esprit de l'institution, payer rapidement les salaires en cas de carence de l'employeur, cependant cela obérerait trop le budget de cet organisme et pourrait rendre l'institution de l'AGS économiquement impraticable.

¹ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Montchrestien, 6^e éd. 2008, n°599-1.

² Art. L. 3253-8 du Code du travail, anc. art. L. 143-11-1.

³ Soc. 12 juin 2002 n°00-41153, inédit.

⁴ Soc. 70 févr. 1990 n°87-40780 et 87-40782, P. Dans le même sens : Soc. 12 mars 2003, n°01-41277, inédit.

⁵ Ce sont davantage des licenciements que des embauches qui sont effectués en période de redressement judiciaire.

La découverte de ces autres manifestations de la naissance matérialiste de la créance dans des domaines a priori complètement étrangers au droit des entreprises en difficulté, qui plus est également très dissemblables les uns des autres, constitue l'argument majeur et suffisant pour écarter toute explication par une fiction juridique. En effet, les caractères inhérents à cette technique ne se retrouvent plus dans la naissance matérielle de la créance.

§ 2 : Un phénomène non explicable par une fiction juridique

558. D'emblée, il est possible de relever que la prétendue fiction dont il serait question ne répond pas aux caractéristiques traditionnelles de l'institution.

Selon certains auteurs, la fiction ne pourrait émaner que du législateur et devrait être présentée comme tel. Le vocabulaire juridique Gérard Cornu définit ainsi la fiction comme un « *artifice de technique juridique en principe réservé au législateur souverain, "mensonge de la loi" et bienfait de celle-ci consistant à "faire comme si", à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit* ». M. Foriers souligne que « *la fiction est tellement artificielle que nombre d'auteurs du XIXe siècle et même du XXe ont soutenu qu'il appartient seulement au législateur de la créer* », et l'auteur cite en exemple Lauent et Pothier. Et Gérard Cornu ajoute dans son manuel d'introduction que, si « *la fiction... méconnaît la réalité... elle la méconnaît sciemment, sans dissimulation, de façon patente. La fiction juridique se donne ouvertement comme une méconnaissance de la réalité... Délibéré, l'artifice s'affiche sans feinte, sans fard : travesti manifeste... cet artifice au grand jour est à l'abri des contestations* ».

Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Sans parler de la cession de contrat¹, le législateur n'explicite pas que, pour l'application de l'ancien article 40, les créances concernées par les arrêts précités doivent être traitées comme si l'on s'agissait de créances postérieures, sous-entendant qu'il s'agirait en réalité de créances antérieures. Le législateur a pourtant montré qu'il pouvait ériger une telle fiction avec les créances d'indemnités de résiliation de contrats régulièrement poursuivis en les excluant expressément du privilège de l'art. 40². Alors qu'il s'agit en réalité de créances postérieures, la loi impose de les traiter comme si elles étaient nées antérieurement.

La fiction dont il est question ici n'est ni légale ni explicite. Elle est jurisprudentielle et implicite. Au lieu de dire que ces créances doivent être traitées comme si elles étaient nées postérieurement pour telle ou telle raison, la Cour affirme qu'elles sont réellement nées après le jugement d'ouverture.

559. Mais il faut reconnaître que ces critères de la fiction ne font pas l'unanimité. Il semble aujourd'hui acquis que les fictions ne sont plus du seul ressort de la loi³, mais peuvent émaner de la

¹ Dont la question en la matière de la date de naissance des créances n'est pas abordée par les textes.

² Nouvel art. L. 622-17 3° in fine. Il s'agit de contrat un temps continué puis résilié par la mandataire judiciaire. L'exclusion explicite date de la réforme de 1994. Un arrêt de 1995 confirme qu'il s'agit bien d'une exclusion du privilège de l'art. 40 dans son ensemble et non pas du seul rang privilégié en cas de liquidation judiciaire car l'insertion maladroite de l'exclusion au 3° avait laissé penser à une telle limitation de l'exclusion, maladresse qui n'a pas été réparée par la réforme de 2005 : com. 15 oct. 2002 n°00-10898, P, D. 2002 act. jurispr. 2942, A. LIENHARD.

³ A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. 1995, n°93.

jurisprudence et qu'elles peuvent être occultes, inavouées¹. Preuve en est la récente réforme des successions² qui transforme la « *fiction légale* » dont traite l'ancien article 739 du Code civil en « *fiction juridique* » dans son nouveau réceptacle, l'article 751 du même Code³. Il est même un auteur pour qui la fiction réelle ne peut provenir que du juge à l'exclusion du législateur, ce ne peut être qu'une « *fiction judiciaire* »⁴.

560. La définition et les caractéristiques de la fiction juridique dépendent donc de l'acception de chaque auteur. Toutefois, **deux dénominateurs communs se dessinent**.

En premier lieu, la fiction doit comporter une **justification**. Les auteurs s'accordent en effet sur le fait qu'elle « *est nécessaire pour obtenir un résultat souhaité* »⁵, qu'elle constitue toujours un « *jugement de valeur, jugement négatif a posteriori sur un résultat de droit* »⁶, que les fictions « *aboutissent à assujettir la vie sociale à des préceptes jugés désirables* »⁷, qu'elles « *répondent à un but éminent qui les justifie en politique juridique... établies dans un intérêt légitime, et même supérieur* »⁸.

En second lieu, le phénomène représentatif de la fiction doit présenter un caractère **marginal** car ce « *sont des procédés qui contredisent la réalité* »⁹, ce pourquoi « *elles sont de droit étroit ou de droit strict ne pouvant être étendues au-delà des règles spéciales qui les admettent* »¹⁰. La raison en est simple. Un trop large spectre compromettrait trop gravement la cohérence du système juridique dans son ensemble¹¹.

Comme a été mis en évidence précédemment que d'autres manifestations du phénomène de la naissance matérialiste existent, il peut en être tiré la conséquence première que le caractère marginal ne se retrouve plus ici (A). De façon surabondante, il peut également être relevé le caractère insuffisant des explications avancées par les auteurs proposant la fiction juridique comme explication (B).

¹ Ibid n°131.

² L. 23 juin 2006.

³ H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, Traités 2002 n°410.

⁴ C. PERELMAN, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, n°36.

⁵ P. FORIERS, « Présomptions et fictions », in Chaïm Perelman et autres, *Les fictions présomptions et les fictions en droit*, 1974, p. 7 et s.,

⁶ G. WICKER, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. LGDJ 1996, spéc. l'introduction.

⁷ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op. cit., n°282.

⁸ G. CORNU, *Introduction au droit civil*, Montchrestien, 13^e éd., n°211.

⁹ C. LARROUMET, *Introduction, Traité de droit civil*, Economica, n°151.

¹⁰ Ibid n°152.

¹¹ G. WICKER, *Les fictions juridiques*, op. cit. introduction n°2.2 : pour l'auteur, « *constitue une fiction juridique toute solution de droit compromettant la cohérence du système juridique tel qu'il est mis en forme techniquement par la définition d'un ensemble de concepts juridiques et de relations qui les unissent* ».

A. L'absence de marginalité

561. La date de naissance de la créance de prix au jour de l'exécution de la contreprestation n'est plus cantonnée à la seule détermination des créances pouvant bénéficier du privilège de procédure de l'ancien article 40 de la loi de 1985. Six autres applications peuvent être relevées dans des domaines variés. Cette absence de marginalité du phénomène invalide toute tentative d'explication par la fiction juridique, constitue la marque d'un dépassement de cette technique, ce à deux égards, que nous pourrions qualifier de quantitatif (1) et qualitatif (2).

1/ Un dépassement quantitatif

562. Parce qu'elle heurte la réalité juridique qui résulterait de l'application normale du droit, la fiction doit être cantonnée dans son ampleur. À défaut, elle perturberait de façon trop importante la cohérence du système juridique dans son ensemble.

Pour cette raison inhérente à la technique, les auteurs partisans de la thèse d'une naissance de la créance au jour du contrat soulèvent avec force le caractère marginal de ces solutions contraires à leur thèse. Le phénomène de cette date de naissance serait limité au droit des entreprises en difficulté¹. Ce courant jurisprudentiel contradictoire est présenté comme constituant des solutions « *pragmatiques* »² et « *circonstanciennes* »³, « *propres au droit des procédures collectives* »⁴, « *confinées* »⁵ à celui-ci. Il est également affirmé qu'il n'y a « *pas d'équivalents dans les autres domaines du droit des contrats* »⁶.

563. Or, comme il a été précédemment vu, tel n'est pas le cas. Le phénomène de datation de la naissance de la seule créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation se retrouve dans d'autres branches du droit que celle du droit des entreprises en difficulté, dans six occurrences au moins.

Pour cette raison quantitative, la technique de la fiction juridique ne peut pas être utilisée. Le phénomène relevé ne présente plus un caractère suffisamment marginal pour cela. Considérer qu'il y a à chaque fois fiction juridique, c'est dorénavant porter lourdement atteinte à la cohérence du système. C'est là le symptôme d'un vide juridique et conceptuel.

¹ GHESTIN, BILIAU et LOISEAU p. 54 : « *Les solutions du droit des procédures collectives sont particulières et s'expliquent uniquement pour favoriser l'entreprise défaillante* ».

² S. TORCK, article op. cit.

³ B. GRIMONPREZ, th., op. cit., n°48.

⁴ P. ANCEL, note sous civ. 2, 10 juill. 1996 p. 626.

⁵ D. HOUTCIEFF, obs. sous mixte 26 févr. 2003, *JCP G* 2003 II 10033.

⁶ B. GRIMONPREZ, th. op. cit. n°53.

2/ Un dépassement qualitatif

564. Loin de constituer une explication, en réalité, le recours à la fiction « *équivalant à une impossibilité d'explication* »¹, un « *aveu d'impuissance* »² à expliquer le phénomène observé.

Le problème n'est pas seulement que la cohérence du système juridique serait trop atteinte par un usage abusif de la fiction. Il est également que, puisque ce phénomène se reproduit en des endroits différents du droit, c'est nécessairement qu'il correspond à un concept, à une notion, à un mécanisme ou à une institution qu'il faut identifier et systématiser pour savoir quand et comment il s'applique. Ce n'est qu'ainsi que le système du droit pourra évoluer qualitativement en se peaufinant. C'est également la raison d'être de la théorie, car « *rien n'est plus pratique qu'une bonne théorie* »³.

Comme l'écrivait Gény au sujet de la fiction, il faut « *rechercher le concept nouveau, capable d'embrasser sans effort toutes les situations auxquelles conviendrait la même règle* »⁴. C'est dès lors dans la substance commune de ce phénomène transversal qu'il faudra rechercher les traits d'un nouveau concept et quitter ainsi le terrain de la fiction juridique pour aller vers celui de l'adoption d'un nouveau concept s'articulant dans le système général de droit privé.

Au surplus, la fiction juridique ne tient pas non plus du fait de l'insuffisance des justifications avancées par les auteurs qui tentent de la soutenir.

B. L'insuffisance des justifications

565. Deux justifications peuvent être relevées chez les auteurs classiques. La finalité du redressement de l'entreprise peut être perçue dans les écrits de chacun. Il est vrai qu'elle constitue la justification par excellence de tout ce que le droit des entreprises en difficulté comporte de dérogatoire au droit commun. Emmanuel Putman développe en outre une justification particulière basée sur l'exigibilité immédiate. Cette dernière justification nous apparaît obsolète (2) tandis que la précédente semble entâchée d'incohérence (1).

1/ L'intenable redressement de l'entreprise

566. Tout d'abord, cette justification n'est pas fondée car la même jurisprudence incompatible avec la thèse classique existait à une époque où la recherche du redressement de l'entreprise n'était pas au cœur des préoccupations du droit des entreprises en difficulté. Il n'y a donc pas adéquation

¹ MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, T. 2, Le régime, n°84.

² Préface de la thèse de G. WICKER sur les fictions juridiques, LGDJ 1996.

³ Kurt LEWIN, Professeur de psychologie aux Etats-Unis (1890/1947). Voir P. KAUFMANN et K. LEWIN, *Une théorie du champ dans les sciences de l'homme*, Paris, Vrin, 1968.

⁴ F. GENY, *Science et technique en droit privé*, t. III, n°240.

temporelle entre la jurisprudence qui met en œuvre la prétendue fiction et la justification invoquée pour la justifiée.

En effet, comme le remarque Frédéric Baron¹, le phénomène existait déjà avant la Loi du 25 janv. 1985, sous l'empire de la loi de 1967², alors que l'objectif n'était pas le redressement de l'entreprise, mais au contraire le paiement des créanciers.

567. Ensuite, si la fiction d'une datation de la naissance des créances au stade de l'exécution du contrat se justifiait par la finalité du redressement de l'entreprise, ce serait alors tout le droit des entreprises en difficulté qui devrait adopter cette date de naissance fictive et non pas seulement la mise en œuvre de l'ancien article 40. Tel n'est pourtant pas le cas.

L'art. R. 622-22 du Code de commerce oblige les créanciers dont les créances résultent d'un contrat à exécution successive à déclarer leur créance « *pour la totalité des sommes échues et à échoir* » alors que l'art. L. 622-24 énonce bien que ce sont les créanciers dont la créance est « *nées antérieurement au jugement d'ouverture* » qui doivent déclarer. Cette obligation de déclarer les termes à échoir existait dès avant la loi du 26 juillet 2005, mais cette dernière est venue préciser le cas des créances issues d'un contrat à exécution successive. Un arrêt de 1991 validait d'ailleurs la déclaration des intérêts d'emprunt à échoir³. Il en ressort que, pour ce texte, les échéances postérieures ne correspondent pas à des créances qui naîtront après le jugement d'ouverture, mais bien à des créances nées avant et qui doivent à ce titre être déclarées.

Si donc tout le droit des entreprises en difficulté vise au redressement de l'entreprise, l'intégralité de ce droit ne fait pas œuvre de la prétendue fiction des créances issues de contrats à exécution successive. Il y a dès lors inadéquation entre le domaine de la prétendue fiction et celui de sa justification, ce qui met sérieusement en doute le caractère approprié de cette dernière.

2/ L'obsolète exigibilité immédiate

568. Emmanuel Putman⁴ justifie quant à lui cette fiction en reportant sous l'empire de la loi de 1985 le raisonnement qui s'appliquait sous la loi de 1967, raisonnement fondé sur une distinction selon que le contrat est ou non continué. En l'absence de continuation, la date classique d'une naissance au jour du contrat s'applique, tandis qu'en cas de continuation, c'est la date dérogatoire du jour de l'exécution de la contreprestation. L'auteur justifie cette solution par l'exigibilité immédiate des créances à terme : si le créancier pouvait exiger le paiement immédiat de tous les termes à venir, il y aurait un trop grand déséquilibre entre les prestations qui mettrait en péril le redressement⁵.

¹ Op. cit. n°16.

² Il n'y avait pas d'art. 40 sous la loi de 1967. Mais la jurisprudence parvenait à un résultat similaire en se fondant sur la personnalité morale de la masse. Les créances nées avant étaient des créances dans la masse, tandis que celles nées après constituaient des dettes de masse bénéficiant d'une position préférentielle. L'art. 40 de la loi de 1985 n'a donc fait que permettre à cette jurisprudence de prospérer malgré la disparition de la personnalité morale de la masse.

³ Com. 16 avr. 1991, n°89-19868, P.

⁴ Op. cit. n°237.

⁵ On comprend qu'une entreprise qui éprouve déjà des difficultés financières n'a plus aucune chance de s'en sortir si on exige d'elle qu'elle paie immédiatement tous les termes futurs de tous les contrats à exécution successive indispensables à son

Toutefois, cette distinction envisageable sous la loi de 1967 n'est pas transposable après la loi de 1985 et ne l'a d'ailleurs pas été.

La distinction n'est pas transposable car la loi de 1985 a justement mis fin à la déchéance du terme du fait de l'ouverture de la procédure collective. Il n'était dès lors plus utile de transformer fictivement des termes en dates de naissance pour contourner cette déchéance disparue.

La jurisprudence montre en outre que l'ancien *distinguo* n'a pas été maintenu puisque le contrat continué un temps avant d'être arrêté sur décision de l'administrateur bénéficie malgré l'absence de continuation du privilège pour les créances correspondant à une exécution postérieure au jugement¹.

Conclusion de section, les limites de la fiction juridique :

569. Le phénomène de la naissance matérialiste a en réalité trop d'ampleur pour qu'il soit possible de continuer à l'expliquer par la technique de la fiction juridique. Il est temps de franchir « un nouveau pas »² dans l'évolution du droit, le pas qui suit toute fiction juridique et en vue duquel toute fiction est érigée. Marty et Raynaud écrivaient à ce sujet que « *la fiction peut être utile jusqu'à la découverte de concepts plus appropriés au résultat souhaité* »³. C'est la raison pour laquelle nous partons en quête du véritable concept qui se cache derrière cette date de naissance atypique, voire derrière cette créance naissant à une autre date que la créance au sens juridique classique.

Section 2 : Une approche renouvelée de la créance

570. Si nous partons de l'hypothèse que la fiction juridique ne peut plus expliquer ces solutions et que la créance matérialiste cache autre chose que la date de naissance de l'obligation au sens ordinaire du terme, alors il devient plus facile de confirmer cette idée, que ce soit par l'examen, sous cet angle nouveau, du droit des entreprises en difficulté, ou par celui des droits comptable et fiscal. À cet égard, si seuls des signes de l'existence d'un autre concept peuvent être relevés en droit des entreprises en difficulté (§1), cela relève davantage de l'évidence lorsqu'on se penche sur le droit comptable et fiscal (§2), l'évidence qu'un autre concept que l'obligation se cache derrière la naissance matérialiste de la créance.

existence même, ce d'autant plus que ces sommes peuvent être astronomiques quand on pense par exemple à un éventuel bail commercial.

¹ Com. 16 oct. 1990 n°89-12930, *JCP E* 1991, 1, 73 n°4, M. CABRILLAC et P. PETEL, *RTD com.* 1991, p. 461 A. MARTIN-SERF, com. 9 avr. 1991, n°89-16742, *JCP E* 1991, I, 73, n°4 obs. M. Cabrillac et P. Pétel.

² P. FORIERS, « Présomptions et fictions », in Chaïm Perelman et autres, *Les fictions présomptions et les fictions en droit*, 1974, p. 7 et s., spéc. p. 26.

³ MARTY et RAYNAUD, *Introduction*, t. 1, n°61, p. 110 et 111.

§ 1 : L'existence implicite en droit des entreprises en difficulté

571. Divers signes montrent que la naissance matérialiste de la créance appliquée en droit des entreprises en difficulté ne correspond pas à la naissance normale du concept de créance, voire même qu'elle ne correspond pas au concept ordinaire de créance, d'obligation, de droit subjectif personnel (A). Parmi ces signes, il en est un qui mérite d'être particulièrement souligné : la naissance matérialiste ne s'applique pas seulement aux contrats à exécution successive, elle concerne également le contrat de vente pour lequel pourtant la date de naissance au jour du contrat ne fait aucun doute (B).

A. Une créance atypique

572. Le droit des entreprises en difficulté montre déjà qu'il ne s'agit pas forcément de la naissance au sens classique ou de la créance au sens classique. Il montre sa capacité à instrumentaliser la date de naissance de la créance lorsqu'il en éprouve le besoin, perturbant ainsi la cohérence du droit commun des obligations alors que cela ne serait pas indispensable (1). Surtout, il montre que le concept de créance qu'il utilise n'est sans doute pas le concept ordinaire, car ce concept semble survivre à son paiement qui devrait pourtant emporter l'extinction de la créance s'il s'agissait de la créance au sens ordinaire en droit privé, le droit subjectif personnel (2).

1/ Une créance à la date de naissance parfois instrumentalisée

573. Cette jurisprudence fut déjà abordée sous un autre angle, celui d'une fixation abusive de la naissance de la créance au jour du contrat. Elle est à présent reprise sous l'angle d'une instrumentalisation évidente de la date de naissance de la créance en droit des entreprises en difficulté pour la détermination du régime des créanciers postérieurs.

Pour cette même question, la jurisprudence utilise deux dates de naissance différentes pour une même créance, la créance de restitution consécutive de l'annulation d'un contrat. La Cour de cassation explicite d'ailleurs cette dualité des dates de naissance. En principe la créance naît au jour du jugement prononçant l'annulation. Mais lorsque l'annulation est prononcée en vertu des nullités de la période suspecte, elle naît au jour du contrat annulé, antérieurement au jugement d'ouverture¹.

¹ Com. 20 juin 2009 n°08-11098, P : « *Mais attendu que si, en principe, la créance de restitution du prix née de l'annulation d'une vente, prononcée postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, la créance résultant de l'obligation de rembourser le prix de vente d'un immeuble, à la suite de l'annulation de cette vente, en application des articles L. 621-107 et L. 621-108 du code de commerce dans sa rédaction applicable en la cause, a, en revanche, son origine antérieurement au jugement d'ouverture* ». Voir également com. 21 mars 2006, n°04-20728, inédit.

La solution se comprend parfaitement, mais son fondement est plus discutable, car une même créance ne peut en principe avoir qu'une seule date de naissance¹. La date de naissance est ici instrumentalisée, ce qui altère le mécanisme de naissance de la créance et porte atteinte à la cohérence du système juridique de droit privé. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence montre ici son aptitude à fixer la date de naissance à un moment qui l'arrangerait davantage. Elle n'est donc pas nécessairement encline à rechercher la véritable date de naissance de la créance hors le champ des nullités de la période suspecte. Cette jurisprudence montre simplement que la date de naissance de la créance utilisée sur le terrain du privilège de procédure n'est pas toujours la véritable date de naissance de la créance.

D'autres indices vont plus loin et tendent à nous montrer que ce n'est peut-être pas vraiment la créance dont il est question, en tous cas pas la créance au sens stricte, au sens courant, l'obligation, le droit subjectif personnel.

2/ Une créance parfois indifférente à son extinction

574. Deux manifestations d'une forme d'indifférence à son extinction peuvent être relevées. La créance ne survit pourtant normalement pas à son extinction. À ce qui devrait constituer la mort de la créance s'il s'agissait vraiment de l'obligation juridique au sens normal. Les arrêts de Cour de cassation montrent que la créance utilisée sur le terrain du privilège de procédure de l'ancien article 40 naît après leur paiement (a). Et nous avons relevé un arrêt d'appel qui a pu prononcer l'extinction pour défaut de déclaration d'une créance qui avait pourtant été payée avant jugement d'ouverture de la procédure collective (b).

a) Une créance naissant après son extinction

575. L'identification des créances privilégiées aboutit à l'application d'un régime qui les affranchit de la discipline de la procédure. En particulier, le droit au paiement leur permet de s'affranchir de l'impossible résolution du contrat pour défaut de paiement. Autrement dit, lorsque la créance est postérieure, la résolution du contrat peut être prononcée en cas de défaillance dans son paiement. Cela peut être intéressant dans une vente car alors le vendeur peut recouvrer la propriété de son bien.

En matière de ventes immobilières avec constitution d'une rente viagère en paiement du prix, si le transfert de propriété s'effectue en principe au jour du contrat de vente passé devant notaire, celui-ci peut être reporté au jour du complet paiement du prix. Mais d'autres événements peuvent retarder le jour du transfert de propriété. Le contrat peut par exemple être consensuel avec un report du transfert de propriété au jour de sa réitération devant notaire.

¹ G. BLANC, chr., Rev. proc. coll. 2006 p. 275, propose la qualification plus appropriée de créance postérieure sans privilège, ce qui permet de faire courir le délai de déclaration de l'exigibilité de la créance, donc du jugement d'annulation de la cession. En effet, sinon la solution est sévère pour le créancier qui ne pouvait pas savoir qu'il avait à déclarer une créance de restitution tant que son contrat n'avait pas été annulé.

Or, la créance de prix naît, sur le terrain du privilège de procédure, au jour de la contreprestation, en matière immobilière, au jour du transfert de propriété. Ainsi, lorsque le transfert de propriété a eu lieu avant l'ouverture de la procédure collective, au jour du contrat de vente, alors la créance de prix est antérieure et ne bénéficie pas du privilège de procédure, même pour les échéances postérieures de la rente viagère¹. Par contre, lorsque le transfert de propriété est reporté à une date postérieure au jour du jugement d'ouverture, alors les échéances postérieures à ce dernier bénéficient du privilège de procédure, leur défaut de paiement pouvant donner lieu à résolution du contrat de vente².

Pourtant, dans ces hypothèses, le prix est en partie payé au moyen des versements successifs de la rente viagère qui en fait office. Et dans la deuxième hypothèse, ce prix est payé avant naissance de la créance car celle-ci naît après le jugement d'ouverture, mais les échéances antérieures à celui-ci ont été payées quant à elle ou auraient dû l'être, elles étaient exigibles. La remarque peut d'ailleurs être étendue à tout contrat de vente comportant une clause de réserve de propriété, car alors la créance de prix ne naît au sens du privilège de procédure qu'au jour de ce transfert, qu'une fois qu'elle est intégralement payée et donc en principe éteinte !

576. Normalement, une créance ne peut être éteinte ou encore être exigible avant même de naître. C'est là un signe qu'il ne s'agit pas de la créance au sens où au sens ordinaire car, visiblement, sa date d'extinction a moins d'emprise, moins d'importance. A priori, il ne s'agit pas de l'obligation au sens strict, du droit subjectif personnel, qui naît, vit et meurt, dans cet ordre naturel. Le concept dont il s'agirait ici derrière cette naissance matérialiste atypique n'aurait pas la même nature car son paiement ne semble pas véritablement influencer sur lui, il ne l'éteint pas. Cela signifie que, contrairement à la créance au sens strict, ce concept n'a pas pour vocation, pour raison d'être de s'éteindre. Sa fonction est autre et il doit être à cet égard d'une autre nature.

b) L'extinction pour défaut de déclaration d'une créance éteinte

577. Les mêmes conclusions peuvent être tirées de l'observation d'un arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 26 mai 2010 où les juges du fond prononcent l'extinction d'une créance pour défaut de déclaration alors pourtant que celle-ci avait été payée avant le jugement d'ouverture. Les juges reprochent au créancier de ne pas avoir déclaré une créance pourtant payée et ils prononcent ainsi l'extinction d'une créance éteinte.

Il s'agissait d'une créance indemnitaire dans une vente contre rente viagère où il était stipulé qu'en cas de mise en œuvre de la clause résolutoire, les loyers encaissés seraient conservés à titre d'indemnité, ce qui constituait une clause pénale. Le débit-rentier fit faillite. Pour la Cour d'appel, cette créance était éteinte faute d'avoir été déclarée et le crédit-rentier devait donc rembourser. La clause résolutoire avait été mise en œuvre en 2002 tandis que le jugement d'ouverture de la procédure était intervenu en 2004. La Cour explique que « *cette créance indemnitaire fondée sur une*

¹ Com. 9 avr. 1991 n°89-18817, P.

² Com. 1er févr. 2000, n°97-15263, P, où le transfert de propriété de l'immeuble avait été reporté en vertu d'une clause de réserve de propriété. Com. 4 mars 2003, n°99-21013, inédit, où le transfert de propriété était reporté par l'acte au jour de l'acte notarié qui n'avait pas eu encore lieu au jour de l'ouverture de la procédure du fait de l'attitude hautement dilatoire de l'acquéreur.

clause pénale contractuelle trouve son origine dans le contrat de vente conclu antérieurement aux redressement judiciaire ». La créance n'était pas née du contrat comme l'affirme la cour, mais de la défaillance antérieure du débiteur et du jeu subséquent de la clause résolutoire qui requalifiait rétrospectivement les paiements antérieurs en une indemnité due au titre de la clause pénale. Il n'empêche qu'au jour du jugement d'ouverture, la créance était non seulement née, mais également éteinte. Il paraît donc difficile d'exiger du débiteur qu'il la déclare et de prononcer son extinction pour défaut de déclaration afin d'ordonner ensuite sa restitution.

578. Une fois de plus, il peut être constaté que le concept qui se cache derrière le privilège de procédure n'est pas la créance au sens ordinaire car il résiste à son paiement. La créance n'existe que pour son extinction, pour son paiement. Elle est l'anticipation, la garantie juridique de son exécution future. Une créance qui ne serait pas éteinte par son paiement n'est pas la créance au sens ordinairement entendu, c'est là une certitude.

La date de naissance atypique adoptée dans la vente et adroitement éludée de tous confirme avec force que le phénomène ne correspond pas véritablement à la date de naissance de la créance au sens habituel.

B. Une naissance atypique dans la vente

579. Il n'y a pas que les contrats à exécution successive qui sont touchés par **la naissance matérialiste de la créance de prix en droit des entreprises en difficultés**¹. Celle-ci **concerne aussi le contrat de vente**. En la matière, le prix de vente naît de la livraison et non pas du contrat de vente. Ce point est systématiquement éludé et ignoré. Il convient toutefois de le souligner car, si la controverse règne au plan doctrinal pour les contrats à exécution successive, il ne fait par contre pas de doute que la créance de prix naît au jour du contrat et non pas au jour de la livraison dans le contrat à exécution instantanée qu'est la vente.

Tout au plus est-il possible de noter un courant doctrinal qui retarde la naissance de la créance de prix dans la vente d'une chose future. Pour M. Verdiers, la créance de prix de vente d'une chose future naît ainsi au jour où la chose est créée, au jour où elle existe et non pas au jour du contrat². Cette solution est erronée. Elle procède d'une confusion entre les effets réels et personnels du contrat³. Comme l'explique Claude Bufnoir, les créances naissent au jour du contrat, quand bien même l'effet réel serait retardé pour une cause ou pour une autre. Un récent arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 décembre 2004 l'illustre d'après nous car la cession antérieure à l'ouverture de la procédure du prix d'un matériel qui n'avait été fabriqué qu'après avait

¹ RIPERT et ROBLOT écrivent pourtant que « *lorsque le contrat en cause est à exécution successive, on peut considérer que des créances naissent de leur exécution. Sont des créances postérieures les sommes dues par le débiteur en contrepartie des prestations fournies après le jugement* ». Les auteurs oublient que la jurisprudence ne concerne pas que les contrats à exécution successive, mais également le contrat à exécution instantanée le plus fréquent, la vente. En outre, on relèvera aussi l'étrangeté de la proposition déjà soulevée, les créances naissent de leur exécution, autrement dit elles naissent de leur mort.

² J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, th. 1955

³ C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, 1924, rééd. LGDJ 2005, spéc. p. 36 s., anc. p. 39 s.

pu valablement s'opérée¹. M. Demogue, dans ses travaux sur les droits éventuels, n'était d'ailleurs pas en ce sens, l'auteur ne faisait pas de distinction pour la créance de prix d'une chose future ou celle de prix d'une chose présente². Remarquons en passant que Messieurs Demogue et Verdier n'ont donc pas la même conception des droits éventuels.

Mais, quoi qu'il en soit, là n'est pas la question. Avec la naissance matérialiste du privilège de procédure dans la vente, la naissance n'est pas retardée uniquement en cas de vente d'une chose future, elle est systématiquement retardée au jour de la livraison de la chose, au jour du transfert de propriété, sans considération pour l'existence ou non de la chose au jour du contrat, sans considération pour la date d'existence de la chose vendue.

Cette solution atypique dans la vente ne doit pas être éludée. Son caractère à l'évidence erronée au regard du droit commun et l'absence de contestations quant à la solution suffisent pour prouver qu'il ne s'agit pas ici de la date de naissance de la créance au sens habituel (1). La solution parfaitement identique en droit comptable vient fortement conforter cette idée (2).

1/ Une naissance matérialiste éludée

580. Plusieurs arrêts consacrent la naissance de la créance au jour de la livraison et non pas au jour du contrat en matière de détermination des créances postérieures pouvant bénéficier du privilège de procédure.

La Cour de cassation n'hésite pas à casser les arrêts de juges du fond, qui, conformément à l'opinion classique, fixent la date de naissance de la créance de prix au jour antérieur du contrat pour lui refuser ainsi le bénéfice du privilège de procédure. C'est que, d'après la chambre commerciale de la haute juridiction, le « *fait générateur de la créance (est) celui de la remise du matériel* ».

Dans un arrêt du 22 novembre 1994, la chambre commerciale de la Cour de cassation rejette le pourvoi en relevant « *la Cour d'appel a exactement déduit que le fait générateur de la créance étant celui de la remise du matériel, la créance entrainait dans les prévisions de l'article 40* »³.

De même, dans un arrêt du 3 avril 2001, les hauts magistrats de la même chambre censurent les juges du fond qui avaient refusé le privilège de procédure à une créance de prix de vente au motif que « *le contrat ne peut s'analyser qu'en un contrat de vente et que la date à laquelle la société a achevé l'exécution de son obligation de livrer est sans incidence sur la date de l'origine de l'obligation de payer la débitrice* ». Ils rappellent à l'occasion que « *le fait générateur de la créance correspondante était celui de la remise du matériel* »⁴.

¹ Com. 7 déc. 2004 n°02-20732, P. La solution devrait d'après nous s'interpréter en ce sens, même si nous reconnaissons que la Cour ne se fonde pas, à tort d'après nous, sur la prénaissance de la créance, mais uniquement sur la date antérieure du bordereau Dailly rendant la cession opposable au débiteur cédé.

² R. DEMOGUE, Des droits éventuels, hypothèses où ils prennent naissance, *RTD civ.* 1905 n°4 et 1906 n°2, regroupés en monographie disponible sur Gallica.

³ Com. 22 nov. 1994 n°91-18981, P.

⁴ Com. 3 avr. 2001, n°98-14049, inédit.

Pour cette même raison, dans un arrêt du 15 février 2000¹ de la même chambre, se trouvent censurés les juges du fond qui avaient affirmé, pour refuser le privilège de procédure, que « *le fait que cette prestation ait profité à la Sté... après l'ouverture de la procédure importe peu, dès lors que l'accord des parties sur la réalisation de la commande, qui fige les obligations respectives des parties et fait naître l'obligation au paiement, est intervenu avant la procédure collective* ».

581. Il ne fait pourtant aucun doute que le prix de vente naisse au jour du contrat et non pas lors de la livraison des produits qui constitue au mieux une date d'exigibilité par défaut en droit commun². La solution se fonde légalement sur l'article 1583 qui dispose que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». Pour cette raison, la déterminabilité de la créance de prix au jour du contrat constitue à la fois un élément de qualification du contrat de vente et une condition de sa validité³.

582. Cette date de naissance atypique de la créance de prix, généralement éludée, de toute évidence contraire au droit commun incontesté quant à lui, revêt d'après une importance particulière. Elle prouve que ce n'est pas véritablement de date de naissance de la créance qui est mise en œuvre du critère de détermination des créances pouvant bénéficier du privilège de procédure de l'ancien article 40.

La même date de naissance atypique de la créance de prix dans la vente est adoptée en droit comptable. Cela montre que le droit comptable et le droit des entreprises en difficulté font usage du même concept qui n'est pas la date de naissance véritable de la créance authentique.

2/ Une naissance matérialiste identique en droits comptable et fiscal

583. Seule la date de livraison importe pour la prise en compte de la dette ou de la créance de prix y afférente⁴. Cela signifie que la créance ou la dette correspondante ne sera imputée que sur le résultat de l'exercice au cours duquel la livraison a eu lieu. Elle ne sera pas imputée sur l'exercice au cours duquel la créance est née au sens du droit commun, à la date du contrat de vente, généralement à la date de la commande. Il en résulte plusieurs conséquences.

¹ Com. 15 févr. 2000, n°96-17884, P, D. 2000, 160, A. Lienhard.

² PLANIOL et RIPERT, *Traité prat. de droit civil*, 2^{ème} éd., t. 10, 1^{ère} partie, par J. HAMEL, LGDJ 1956, n°27. M. CABRILLAC, et JL RIVES-LANGES, obs. sous com. 21 nov. 1972, *RTD com.* 1973, 844, n°10.

³ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, n°141. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, p. 153.

⁴ G. ENSELME, Introduction à la comptabilité, Litec 2008 9^{ème} éd. n°144 à 150 pour les opérations courantes, la vente et l'achat. Les enregistrements comptables ont en pratique lieu à la date de réception ou d'émission de la facture. Mais, lors de la clôture, les opérations d'inventaire comportent des écritures de régularisations. Les factures de produits commandés non encore reçues sont retirées des charges pour être imputées sur un compte d'attente au bilan. De même, les produits vendus et facturés mais non encore livrés sont retirés des produits pour être imputés sur un compte d'attente au bilan. Cela s'impose d'autant plus que ces produits, encore présents dans les stocks de produits finis ou de produits en cours, ont fait l'objet d'une neutralisation des charges qu'ils ont représentées par l'effet mécanique de l'inventaire physique et de l'enregistrement des stocks à l'actif du bilan.

584. En premier lieu, les paiements effectués d'avance sont comptabilisés en tant que créances ou que dettes et non pas en tant que paiement d'une créance ou d'une dette de prix existante¹. Par exemple, le paiement avant livraison du fournisseur fera l'objet de l'enregistrement d'une créance sur le fournisseur. Inversement, le paiement d'un client avant qu'il ait été livré fera l'objet de l'enregistrement d'une dette à son égard. Atypique, cette créance sur le fournisseur et cette dette à l'égard du client seront soldées au moment de la livraison, au moment de la naissance au sens comptable de la créance de prix d'achat ou de vente.

585. En second lieu, la cession d'une créance de prix avant accomplissement de la prestation fait l'objet d'un traitement comptable particulier.

Il est fréquent qu'une société passe un marché et cède sa créance de prix à une banque afin de financer le coût d'exécution du marché. Le traitement comptable de cette mobilisation de la créance de prix avant l'exécution de la prestation montre là encore une négation de l'existence juridique de la créance. Tel est le cas par exemple d'une société de construction qui cède le prix des immeubles vendus en l'état futur d'achèvement pour financer leur construction ; la cession des loyers à venir de l'immeuble est également envisageable.

En principe, la cession d'un élément d'actif se fait via deux écritures. Tout d'abord, le produit de cession est enregistré par le débit du compte de banque² et le crédit d'un compte de produit, le compte 775, produit de cession des éléments d'actif. Ensuite la sortie de l'élément d'actif est enregistré par le crédit du compte d'actif dans lequel l'élément cédé est enregistré et le débit d'un compte de charge, le compte 675, Valeur comptable des éléments d'actif cédés, ce pour le montant comptable de l'actif³. La différence entre les comptes 775 et 675 correspond à la plus ou moins-value effectuée sur l'opération et apparaît dans le résultat exceptionnel de l'exercice. Le compte de l'actif cédé est soldé⁴.

Or, la cession de créance avant l'accomplissement de la prestation n'est pas traitée ainsi. Tout d'abord, alors que la créance existe déjà juridiquement puisque le marché est passé, le contrat est signé, de telles cessions sont dénommées par les instances professionnelles : « *cessions de créances futures* ». L'avis du Conseil National de la Comptabilité ne considère pas qu'il y ait vraiment une cession d'actif : « *il s'agit de **modalités de financement et non de réalisation d'une cession réelle*** ». Et le conseil poursuit l'analyse « *la créance n'étant pas reconnue au plan comptable, la cession de créance future doit être analysée comme un moyen de financement* ». Le flux financier est

¹ Les comptes utilisés sont spécifiques, compte 4901 "Fournisseurs, avances et acomptes versés sur commande" et le compte 4191 « Clients Avances et acomptes reçus sur commandes ». Le chiffre 9 en troisième position de la numérotation revêt une signification particulière, celle d'un fonctionnement en sens inverse de l'ordinaire. Ordinairement, les comptes de fournisseurs enregistrent des dettes pour les commandes passées. Or ici une créance est enregistrée sur le fournisseur pour l'argent versé alors qu'aucune dette n'est encore économiquement née à son profit. Les comptes ordinairement utilisés sont le compte 401 « Fournisseurs » en principe créditeurs au passif pour enregistrer une dette à leur égard et le compte 411 « Clients » en principe débiteur à l'actif pour enregistrer une créance à leur égard.

² Le compte banque est ainsi augmenté du prix de la cession car ce prix est payé par le cessionnaire et généralement versé sur le compte en banque de la société.

³ S'agissant d'une créance cédée, elle l'est généralement à un prix inférieur à sa valeur nominale, la banque se rémunérant avec la différence entre le montant de la créance et le prix auquel elle l'a acquise. La valeur nominale constitue dans ce cas la valeur pour laquelle la créance est enregistrée.

⁴ Si du moins n'y a été enregistré que l'actif cédé. À défaut l'actif a été à tout le moins retiré du compte.

comptabilisé dans un compte de trésorerie en contrepartie d'un compte « *dettes financières* »¹. Ce ne sont donc pas les écritures comptables d'une cession d'actif qui sont pratiquées.

L'opération juridique d'une cession de créance est comptablement disqualifiée en une sorte de prêt financier : débit du compte de banque pour l'argent frais perçu, crédit d'un compte de dette financière.

586. La naissance identique de la créance sur les terrains du privilège de procédure, du droit comptable, mais également du droit fiscal², montre d'après nous que le phénomène de la naissance matérialiste correspond à un concept sous-jacent qui n'a pas encore émergé. Le CNC l'explique bien, « *la créance n'est pas reconnue au plan comptable* », ce qui montre qu'il est parfaitement conscient que la date de naissance utilisée est atypique du droit commun. Cela constitue une **différence fondamentale** avec la thèse matérialiste du droit des entreprises en difficulté. **Au lieu de prétendre que la date de naissance de la créance de prix se situe au jour de la livraison, le droit comptable a parfaitement conscience qu'il ne s'agit pas de la créance au sens du droit commun, que l'acception de la créance ou de sa naissance est ici spécifique.**

§ 2 : L'existence formelle en droits comptable et fiscal

587. Les matières comptable et fiscale sont particulièrement intéressantes au regard de la naissance matérialiste de la créance car celle-ci fait l'objet d'une étude et d'une systématisation plus approfondie en droit comptable et a fait l'objet d'hésitations en droit fiscal. Il en résulte que les réflexions sur cette date d'appréhension de la créance sont fructueuses et méritent d'être examinées de prêt afin de cerner de plus près ce qui peut se cacher derrière la naissance matérialiste de la créance dans les autres branches du droit.

À cet égard, il est possible de relever un élément important. La naissance matérialiste de la créance ne représente pas la naissance de la créance au sens du droit commun des obligations. C'est paradoxal dans la mesure où ces deux domaines, qui sont généralement vus comme autonomes du droit commun, s'avèrent malgré tout bien au fait des mécanismes classiques de ce dernier, telle la date de naissance de l'obligation contractuelle issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, et n'entendent pas les dénaturer (A). Dès lors, partant de l'hypothèse définitivement acquise qu'il ne s'agit plus de date de naissance de l'obligation au sens orthodoxe, il est possible de relever dans le droit comptable une approche et des caractéristiques de cette créance à naissance matérialiste qui la

¹ Position du CNC relative au traitement comptable applicable aux cessions de créances futures dans le cadre de partenariats publics-privés, avis du CNC du 5 mars 2009. Mais l'analyse est généralisable à tous les cas de cessions de créances. Elle est généralisable à des cas plus complexes (COB Bulletin n°128 de décembre 2002 pour une problématique similaire à l'échelle des comptes consolidés). Elle est généralisable sans aucun doute à tout cas plus simple de toute cession de créance avant la naissance de son acception économique.

² Après des hésitations doctrinales et jurisprudentielles, le droit fiscal fut aligné sur le droit comptable quant à la date de naissance de la créance. Comme il a été vu supra, l'art. 38-2 bis du CGI dispose que « *les produits correspondant à des créances sur la clientèle ou à des versements reçus à l'avance en paiement du prix sont rattachés à l'exercice au cours duquel intervient la livraison des biens pour les ventes* ».

différencient définitivement de l'obligation au sens strict du terme. Cela montre bien que ce n'est pas qu'un problème de date de naissance, mais du concept se cachant derrière celle-ci (B).

A. Pleine conscience d'une acception divergente de la créance

588. Alors qu'en dehors des droits comptable et fiscal la date de naissance matérialiste de la créance concurrence la naissance au jour du contrat, tel n'est pas le cas dans ces matières où il semble bien que les acteurs aient pleinement conscience que la date de naissance qu'ils adoptent, la naissance matérialiste de la créance de prix, ne correspond pas à la solution orthodoxe du droit commun des obligations. C'est un point primordial. Cela implique l'existence d'un nouveau concept qui se profile derrière la naissance matérialiste de la créance.

Cette conscience d'une divergence de la naissance matérialise avec le droit commun se retrouve en fiscalité où la date de naissance adoptée fut le fruit d'un choix (1), mais aussi dans la doctrine comptable et fiscale où la distinction avec le droit commun se trouve explicitée (2).

1/ Un choix opéré en droit fiscal

589. Il semble qu'en comptabilité la naissance matérialiste se soit toujours imposée. Nous aurons l'occasion en deuxième partie d'expliquer pourquoi et nous verrons qu'il y va à la fois de l'essence de la matière et de sa mécanique.

Par contre, tel ne fut pas le cas en fiscalité. Des hésitations sont apparues quant à la date à laquelle il fallait prendre en compte la créance. Cela est important car un choix a été opéré. Or, si un choix s'est fait, c'est nécessairement qu'il s'est fait consciemment. Plus profondément, l'hésitation avec la naissance de la créance orthodoxe au jour du contrat, puis son rejet pour le date de naissance utilisée par le droit comptable, montre bien que c'est consciemment que la matière fiscal a choisi de ne pas adopter la naissance de la créance au sens purement juridique pour se porter sur le terrain d'une naissance plus matérialiste, plus concrète, celle du droit comptable également utilisée en droit des entreprises en difficulté où elle a donné naissance à la thèse matérialiste.

590. L'article 38 du CGI précité ne fut adopté qu'à l'occasion de la loi de finance pour 1979, il avait justement pour vocation de régler cette hésitation qui régnait en la matière. Auparavant, le Conseil d'Etat avait fait application de la date de naissance de la créance au jour du contrat, de la thèse classique et orthodoxe en la matière.

Dans un arrêt du 18 juin 1971, il s'agissait d'un établissement d'enseignement par correspondance, l'enseignement s'étalant sur plusieurs années et le paiement intégral s'effectuant quant à lui en début de contrat. Le Conseil d'Etat refuse que la créance de prix payée en début de contrat fasse l'objet d'un étalement fiscal sur plusieurs années. Un second arrêt du même jour et dans le même sens

concernait quant à lui une entreprise qui avait consenti un bail de plusieurs années prévoyant l'exigibilité immédiate du total des loyers.

Certes, davantage que la date de naissance de la créance au jour du contrat, c'est sans doute le paiement intégral en début de contrat qui posait problème dans l'affaire. Cependant, le Conseil d'Etat motive sa décision plus largement et l'étend aux cas où la créance n'aurait pas été payée d'avance dès lors que de toutes les façons elle était définitivement née : « *Dans le cas où une entreprise a perçu une recette ou acquis une créance en contrepartie de l'engagement pris par elle de céder des biens ou de fournir des services au cours des exercices ultérieurs, la recette ou la créance constitue un élément d'actif acquis au cours de l'exercice et doit donc être rattachée dans son intégralité aux résultats de cet exercice...* »¹.

Le Conseil d'État consacrait donc la naissance de la créance pour le tout au jour du contrat, malgré l'exécution de la contreprestation sur des exercices postérieurs. La naissance matérialiste de la créance pourtant adoptée en droit comptable déjà à l'époque était donc rejetée par la jurisprudence fiscale.

Messieurs Lassègue et Baetche expliquent d'ailleurs que, dans l'ancienne doctrine fiscale, « *l'accord des parties créait pour le vendeur une "créance acquise" qui devait être incluse dans les produits de l'exercice, donc dans le bénéfice imposable, même s'il n'y avait pas encore livraison du bien, ni prestation de service* »².

591. Malgré les arrêts précités, le législateur a fini par choisir d'aligner le fiscal sur le comptable en matière de date de prise en compte des créances et des dettes. La naissance matérialiste adoptée par le droit comptable était jugée plus réaliste et économiquement plus cohérente. Surtout, les solutions adoptées par le droit fiscal n'étaient pas bien assises comme le faisait remarquer à l'époque Claude Gambier dans un article sur le sujet. L'administration fiscale n'était pas convaincue par l'analyse du Conseil d'Etat ainsi qu'il en ressortait des instructions fiscales de l'époque³. Or, pour la cohérence d'ensemble et du fait de l'interconnexion particulière des systèmes comptable et fiscal, il importe que le droit fiscal reprenne les solutions du droit comptable lorsque cela ne pose pas de problème majeur, lorsqu'aucun texte fiscal ne déroge à l'application des règles comptables⁴. Pour ces raisons sans doute, le législateur de l'époque a opté pour les solutions davantage ancrées du droit comptable que pour la position instable de la jurisprudence du Conseil d'État.

¹ CE 18 juin 1971 n°77.988, RF 1971 n°46 comm. n°1538, concl. DELMAS-MARSALET.

² *Lexique de comptabilité*, Dalloz, 5^e éd. 2002, par P. LASSEGUE et A. BAETCHE, entrée « facture », étant précisé qu'une provision pour les charges futures d'exécution de la commande pouvait être déduite en charges.

³ C. GAMBIER, « À quel moment naît le bénéfice imposable des entreprises qui vendent des produits à livrer ? », *RJF* 1976 n°6 p. 194. L'auteur propose de s'aligner sur la date du transfert de propriété en se basant sur les exceptions à l'article 1583 du Code civil, spécialement dans l'hypothèse de la vente de choses de genre où le transfert de propriété correspond au moment de la livraison qui tient lieu d'individualisation. Nous savons aujourd'hui qu'il n'en va pas ainsi puisque la date de livraison matérielle du bien est utilisée même en cas de clause de réserve de propriété.

⁴ Article 38 quater de l'annexe III au Code général des impôts (issu du D. 28 oct. 1965). Il n'est donc pas possible d'invoquer le PCG pour faire échec à une disposition fiscale (CE 5 nov. 1975, 95015, *GA* 27 p. 550, *RJF* 1976 1, 12).

Le législateur a donc opéré un **choix**. Rejetant la naissance pour le tout au jour du contrat adoptée par le Conseil d'État, date de naissance juridique orthodoxe, il a consacré par l'article 38 du CGI la naissance matérialiste de la créance de prix au fur et à mesure de la contreprestation adoptée par le droit comptable. Ce choix montre un certain degré de conscience dans l'adoption d'une solution non conforme au droit commun. Cette conscience d'une date de naissance atypique, voire d'une créance atypique se retrouve sans l'ombre d'un doute en doctrine.

2/ Une évidence pour la doctrine fiscale

592. C'est là un paradoxe. Les auteurs des branches comptable et fiscale du droit ont conscience que la créance en droit commun naît au jour du contrat et que leur matière n'applique pas la date de naissance normale, voire même le concept normal de créance. Au contraire, en dehors de ces branches, les auteurs partisans de la thèse matérialiste¹ de la naissance de la créance soutiennent que la créance de prix naît en droit commun au jour de la livraison, au jour de l'exécution. **C'est donc un paradoxe que les auteurs fiscalistes soient finalement plus attachés aux principes du droit commun des obligations que les autres.**

593. Ainsi, Messieurs Lassègue et Baetche expliquent, à propos de la date d'enregistrement comptable d'une créance, que « *la comptabilité s'écarte du droit civil* »², ou encore que « *le droit comptable marque son autonomie par rapport au droit civil* »³. Les auteurs n'ignorent pas et soulignent même que, « *pour le **droit civil**, la date à retenir est celle de la **naissance** du droit, dans un contrat la date de **l'échange des consentements** (...) solution (...) conforme aux principes généraux du droit* »⁴, mais exposent que la solution doit être différente pour le droit comptable.

Dans son ouvrage de fiscalité approfondie des sociétés, Philippe Oudenot explique que « *l'existence de la créance est une condition nécessaire mais non suffisante pour qu'une opération effectuée par l'entreprise soit retenue pour la détermination de son résultat imposable* »⁵.

Dans leur ouvrage sur la comptabilité, Messieurs Cozian et Gaudel confirment que « *la créance naît donc plus tard pour le comptable que pour le juriste* »⁶.

594. Maurice Cozian va cependant plus loin que le constat d'une simple divergence de dates de naissance. Il constate une divergence des concepts appréhendés. L'auteur développe alors la théorie des « créances acquises ». Ce n'est pas une créance ordinaire, c'est une « créance acquise » qui est

¹ Nous n'évoquons pas ici les partisans de la thèse périodique, mais uniquement Messieurs ENDREO et BARON, qui prônent la thèse matérialiste sur le terrain du droit commun des obligations, qui prônent que la créance de prix naît réellement de l'exécution de la contreprestation, mais qui ont, comme nous l'avons vu, des positions différentes quant à la date de naissance de la créance de prestation caractéristique.

² *Lexique de comptabilité*, Dalloz, 5ème éd. 2002, par P. LASSEGUE et A. BAETCHE, entrée « contrat ».

³ Ibid, entrée « facture ».

⁴ Ibid, entrée « date d'enregistrement ».

⁵ Fiscalité approfondie des sociétés n°300.

⁶ M. COZIAN et P.J. GAUDEL, *La comptabilité racontée aux juristes*, Litec 2006, n°113 s.

appréhendée par le droit comptable. Et cette créance acquise incarne pour l'auteur la réalisation du profit, du bénéfice¹.

Ainsi, pour Monsieur Cozian, il n'y a pas deux dates de naissance, mais deux concepts différents qui se cachent derrière ces dates de naissances différentes. L'idée s'impose d'ailleurs en toute logique car un même concept ne saurait naître deux fois, ce qui signifie bien que, s'il y a deux dates de naissance, c'est qu'il y a **deux concepts différents**.

Nous garderons pour le moment cette idée d'une dualité des concepts, mais sans entériner la nature adoptée par l'auteur d'un « bénéfice réalisé » pour le concept qui se cacherait derrière la naissance matérialiste de la créance de prix. En effet, dans la mesure où nous commençons à rechercher ce qui se cache derrière la naissance matérialiste de la créance et dans la mesure où nous avons constaté sa manifestation dans plusieurs branches du droit, son analyse en un bénéfice réalisé nous semble trop réductrice pour embrasser toutes les hypothèses. Elle aide cependant déjà à comprendre qu'il ne s'agit pas de la créance au sens du droit commun, de la créance juridique. Nous pouvons tenter une approche très succincte de son essence à travers le droit comptable, afin de bien ancrer dans les esprits qu'un autre concept que la créance au sens courant, au sens du droit subjectif personnel que constitue l'obligation, se cache derrière la date de naissance matérialiste de la créance.

B. Approche de cette acception divergente de la créance

595. La divergence ne se limite pas à la date de naissance, mais au concept appréhendé derrière cette date de naissance. Nous venons déjà de l'aborder avec la théorie des créances acquises développée par M. Cozian. Il convient à présent de le confirmer en mettant en évidence certaines caractéristiques de cette créance qui serait appréhendée en droit comptable.

Nous commencerons par la définition que donne le plan comptable général de la dette car celle-ci ne correspond pas à la définition de l'obligation au sens du droit commun (1). Puis nous poursuivrons par une remarque quant aux particularités de la structure du concept appréhendé qui peut parfois ne pas avoir de débiteur ou de créancier, voire des deux, ce qui est de toute évidence impensable pour l'obligation au sens du droit commun (2).

1/ Une définition différente de la dette

596. L'article 212-2 du plan comptable général définit la dette comme « *un passif certain dont l'échéance et le montant sont fixés de façon précise* ». Il est marquant d'emblée de constater que

¹ La théorie des créances acquises est reprise dans les différents écrits de l'auteur, mais elle émane initialement d'un article de 1995 : M. COZIAN, « La méthode de la comptabilité d'engagement (ou la théorie des créances acquises) », *BF* avr. 1995 p. 219. L'article est repris dans : *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 3^{ème} éd., p. 133, doc. n°8. Et l'idée réapparaît dans les manuels de l'auteur : M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 2009/2010, Litec, 33^e éd., n°63 s, spéc. n°66 : « *il convient ici de distinguer deux notions, celle de la date de naissance de la créance et celle de la réalisation du profit. Il est exact que, sur le plan juridique, la créance naît (...) lorsque la commande a été acceptée (...). Mais la naissance de la créance est une chose, la réalisation du profit en est une autre...* ».

cette définition ne correspond pas au droit commun des obligations. En effet, ni l'échéance ni le montant de la dette n'ont en droit commun besoin d'être « *fixés de façon précise* » pour exister¹.

La dette peut ne pas être encore liquide mais exister malgré tout. Nous avons déjà évoqué l'exemple topique de la dette de responsabilité civile, née au jour du fait dommageable, évolutive selon la survenance et l'ampleur des préjudices subséquents postérieure, et liquidée par le jugement de condamnation si le choix d'une condamnation à une indemnité est opéré et non pas celui d'une condamnation à une réparation en nature qui demeure malgré son caractère peu fréquent le principe applicable en la matière.

De même, la dette peut d'ores et déjà exister alors même que l'échéance n'en serait pas précisée. Nous pouvons penser au commodat sans stipulation de durée par exemple. Nous avons en outre déjà rencontré le cas des contrats à terme incertain ou la date de l'échéance n'est pas fixée de façon précise puisque, par définition, si sa survenance est d'ores et déjà certaine quant à elle, sa date de survenance ne l'est pas.

597. On comprendra bien entendu que la comptabilité chiffre et qu'il lui est difficile de comptabiliser une dette qui n'est pas chiffrée. Malgré tout, cet article du PCG ne dit pas que la dette n'est pas comptabilisée si elle n'est pas liquide ou si son terme n'est pas fixé. L'article définit la dette, ce qui est bien différent.

Il peut en être tiré **l'idée que le droit comptable exige davantage que le droit commun pour que la créance existe**. Il se rapproche en cela du sens commun de la créance pour, une somme d'argent chiffrée dont nous avons déjà observé l'influence d'après nous en droit quant à la réticence à ne pas voir une créance existante lorsqu'elle n'était pas liquide. Autrement dit, la certitude de la créance en droit comptable, évoquée par le texte qui se réfère à « *un passif certain* », n'est pas la certitude de la créance du droit commun des obligations qui ne représente le plus souvent pas autre chose que la seule existence de la créance. Pour exister, la créance doit donc avoir davantage de certitude en droit commun qu'en droit comptable. Le concept qui se cacherait derrière la naissance matérialiste serait donc **l'idée d'une créance d'une plus grande certitude**.

598. Une remarque permet de renforcer cette idée. L'expression « **comptabilité d'engagements** », généralement utilisée pour opposer le système de droit comptable commun au régime simplifié de la « comptabilité de caisse » qui prend en compte quant à elle les seuls flux de trésorerie. Il s'en déduit classiquement que ce sont les créances qui sont prises en compte et non pas leur paiement, et de là on passe à la prise en compte des créances à leur date de naissance. Cependant, les auteurs spécialisés font remarquer ce le terme d'engagement nous vient de la **comptabilité publique**². Or, en la matière,

¹ D'ailleurs, le droit comptable n'ignore pas lui-même les dettes non encore liquidables. Ces dettes doivent être mentionnées en annexe conformément à l'article 531-2 et 531-4 du PCG qui dispose que, « *dans le cas exceptionnel où aucune évaluation fiable du montant de l'obligation d'un passif ne peut être réalisée, les informations suivantes doivent être fournies : descriptif de la nature de ce passif ; indication des incertitudes relatives au montant ou à l'échéance de toute sortie de ressources* ».

² *Lexique de comptabilité*, Dalloz, 5^e éd. 2002, par P. LASSEGUE et A. BAETCHE, p. 181, entrée « comptabilité d'engagements ». Les règles en matière de comptabilité publique sont fixées par le Règlement sur la Comptabilité Publique (RGCP) que constitue le Décret d'application n°62-1587 du 29 mars 1962 plusieurs fois modifié et aujourd'hui consolidé au 24 janv. 2009. Ces règles s'appliquent à l'Etat, aux Collectivités territoriales et à leurs établissements publics. La 1^{ère} partie du Décret fixe les principes fondamentaux communs qui nous intéressent tout particulièrement. L'un de ces principes a trait à l'organisation et commande une séparation des ordonnateurs et des comptables publiques. Ces deux organes ont des fonctions

l'un des grands principes applicables réside dans la procédure de contrôle du « *service fait* »¹. Cette procédure interdit tout paiement avant exécution, le comptable public ne paiera pas la dette si la prestation acquise n'a pas été effectuée ou si le bien acquis n'a pas été livré².

Ce n'est dès lors sans doute plus un hasard si l'on retrouve dans les textes en matière droit budgétaire le même phénomène que dans le PCG, c'est-à-dire à refuser de voir une créance de prix née lorsque la contreprestation n'a pas encore été exécutée, signe d'une autre acception de la créance qu'en droit commun.

Les articles 12 et 13 du Règlement sur la Comptabilité Publique (RGCP) incorporent en effet le contrôle du service fait au sein d'un contrôle plus large dénommé « *contrôle de validité de la créance* ». Il s'ensuit que, si le service n'est pas fait, si la prestation n'est pas accomplie, c'est que la créance n'est pas valide, c'est qu'elle n'existe pas au sens de ces textes. Et l'art. 30 du RGCP reprend cette vision qu'ont les textes de la créance en disposant que « *la liquidation a pour objet de vérifier la réalité de la dette et d'arrêter le montant de la dépense* ». Or la vérification de la réalité de la dette s'identifie au contrôle du service fait³ que doit aussi accomplir l'ordonnateur avant de solliciter le paiement du comptable. Cela implique que lorsque le service n'est pas fait, lorsque la prestation n'est pas accomplie, la dette n'est pas réelle, autrement dit elle n'existe pas au sens de ces textes.

La doctrine entérine très explicitement cette analyse. Messieurs Jean-Claude Martinez et Pierre Di Malta⁴, expliquent que la règle du service fait n'est « *que l'application du principe général, selon lequel tout paiement suppose une dette* ». Les auteurs se réfèrent alors à l'art. 1235 du droit commun du paiement qui énonce le principe générale de la répétition de l'indu et selon lequel « *tout payement suppose une dette* ». Ils fondent enfin ce principe sur la notion de cause, les prestations constituant la cause juridique de la créance.

Pourtant, les créances de prix en question peuvent valablement être mobilisées avant exécution de la contreprestation, ce qui montre qu'elles existent. Les textes aménagent en outre des exceptions de paiement avant service fait, l'acompte⁵ et l'avance¹, ce qui montre là encore que la créance existe

bien distinctes. Les ordonnateurs sont à l'origine des dettes publiques, ils décident des dépenses, tandis que les comptables en opèrent le paiement. Cette séparation des fonctions permet une meilleure transparence, facilite le contrôle de la cour des comptes et contribue ainsi fortement à la lutter contre la fraude aux deniers publics (R. MUZELLEC, *Finances publiques*, p. 382.). Un autre principe fondamental réside dans la procédure de contrôle du « service fait » qui nous concerne ici.

¹ Le contrôle du service fait n'est que l'un des neuf contrôles auxquels doivent se livrer les comptables publics conformément à l'art. 12 du RGCP.

² Ceci n'est pas totalement exact dans la mesure où le comptable ne se déplace pas pour effectuer la vérification. Il effectue un contrôle sur pièces fournies par l'ordonnateur (W. GILLES, *Les principes budgétaires et comptables publics*, LGDJ 2009 p. 227). Mais il n'est toutefois pas toujours évident de déterminer les éléments pouvant être considérés comme des pièces au vu desquelles le comptable doit faire son contrôle et, bien qu'il s'agisse en principe uniquement d'un contrôle de légalité interne, le comptable doit malgré tout refuser le paiement devant un acte manifestement illégal comme par exemple des dépenses faites dans l'intérêt privé d'une personne privée telles le gaz ou l'électricité du logement de fonction d'une directrice d'école (M. LASCOMBE, « Le juge des comptes, juge administratif ? », in *mélanges J. WALINE, Gouverner, administrer, juger*, p. 639, 649 et 650). Le comptable a compétence liée si le processus de dépense public a bien été respecté, il ne peut apprécier l'opportunité de l'acte (*JurisClasseur Administratif*, fasc. 127-10, « Budgets locaux », n°60). Mais s'il ne respecte pas la procédure et qu'il effectue le paiement malgré tout, il pourra engager sa responsabilité et être tenu de son remboursement à l'État, notamment lorsque le bien ou le service payé n'ont jamais été fournis et ne le furent jamais (SCHMIDT et THIERRY, *Les Marchés à procédure adaptée*, 2007, p. 227).

³ *JurisClasseur Administratif*, « Principes généraux de comptabilité publique », fasc. 113, n°76.

⁴ J.-C. MARTINEZ et P. DI MALTA, *Droit budgétaire*, Litec 3^{ème} éd. 1999, n°782 et 784.

⁵ Conformément à l'art. 91 du Code des marchés publics, les acomptes sont obligatoirement versés tous les trois mois. Mais ils ne sont versés qu'en cas de commencement d'exécution et leur montant est à la mesure de cette quote-part de marché déjà exécutée (commission centrale des marchés, *Marchés publ.* 1983, n°195, p. 3). L'acompte ne déroge donc pas totalement à la règle du service fait (F. LICHERE, *Contrats publics*, Mémento Dalloz 2005 p. 83). Il s'agirait plutôt d'un paiement partiel qui répond à la règle d'un service partiellement fait.

bien avant exécution de la contreprestation. Pour ces raisons, **la doctrine fait référence au dédoublement de la notion d'engagement** : « *l'engagement juridique se double d'un engagement dit comptable* »².

599. Il découle d'après nous, tant du PCG que des textes en matière de droit budgétaire, que la naissance matérialiste de la créance représenterait en réalité un autre concept que la créance au sens orthodoxe, au sens strict. Et nous pouvons penser que le concept qui se cache derrière cette date de naissance atypique n'aurait de la créance que l'idée et qu'elle serait dans tous les cas parée de davantage de certitude. L'observation de la technique comptable permet de conforter l'idée qu'il ne s'agit pas réellement du droit subjectif personnel, que la naissance matérialiste ne cache pas seulement une autre date de naissance, mais plutôt **un autre type de créance**.

2/ Une approche différente des créanciers

600. Nous faisons état des créances et des dettes appréhendées par le droit comptable. Mais le droit comptable sert également à retracer l'activité économique **d'entités** qui sont **démunies de la personnalité juridique**. C'est le cas de l'entreprise individuelle qui ne se distingue pas de la personne de l'entrepreneur. Dès lors, les créances et les dettes comptabilisées n'ont pas de débiteur ou de créancier au sens orthodoxe du terme puisque l'entreprise n'a pas de personnalité juridique.

Plus atypique encore, la comptabilité de l'entrepreneur comporte un compte de tiers intitulé « compte exploitant ». Or, l'exploitant n'est pas un tiers par rapport à lui-même. Pourtant ce compte enregistre des créances et des dettes de l'exploitant par rapport à lui-même. Certes, on comprendra qu'il s'agit des flux de valeur entre l'exploitant à titre personnel et son activité professionnelle. Il n'empêche qu'il ne peut véritablement être question ici de créances et de dettes au sens propre car elles sont démunies de débiteur, ou de créancier, voire des deux.

601. Sur le même ligne, tout en allant plus loin, Gérard Enselme effectue une observation intéressante quant aux écritures de régularisations que nous avons déjà abordées et qui permettent de prendre en compte les créances et les dettes à leur date de naissance matérialiste, à la date d'exécution de la contreprestation. L'article R. 123-89 du Code de commerce dispose de ces « *comptes de régularisation* » dans lesquels sont transférées « *les charges comptabilisées pendant*

¹ Au contraire, l'avance est quant à elle versée avant tout commencement d'exécution. Elle constitue une réelle exception à la règle du Service fait. Constituant un paiement partiel, l'existence de cette avance confirme l'hypothèse selon laquelle la créance juridique existe bien avant l'exécution du marché. Avant 2006, cette avance était purement facultative (P. Schultz, Systèmes, éléments des marchés publics, LGDJ 2^e éd. 2002 p. 169), ce contrairement à l'acompte. Elle devait simplement être prévue dans l'avis de marché à la rubrique modalités de financement et de paiement (CE 11 mai 2007 n°298863 Région Guadeloupe). Depuis 2006, une avance de 5% doit obligatoirement être prévue pour les marchés excédent le double seuil d'un montant de 50.000 € et d'une durée de 2 mois. Une avance supérieure est toujours facultativement possible dans la limite de 30%, voire 60% si le prestataire ou le fournisseur fournit une garantie à première demande, pour la restitution qui pourrait être due en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution du marché.

² *JurisClasseur Administratif*, « Principes généraux de comptabilité publique », fasc. n°113, n°75.

l'exercice qui concernent un exercice ultérieur » ou « les produits comptabilisés pendant l'exercice qui concernent un exercice ultérieur ». L'auteur observe que, les premiers figurant à l'actif du bilan, *« l'exercice N se trouve en quelque sorte créancier de l'exercice N+1 »*¹ et, les second figurant au passif du bilan, ils apparaissent comme une *« dette à l'égard de l'exercice suivant »*.

On peut dès lors se demander ce que peut être cette créance ou cette dette d'un exercice à l'égard de l'autre. De toute évidence, comme observé précédemment, il n'y a pas de créancier ni de débiteur au sens propre du terme. Cela met également en évidence d'après nous que le concept utilisé par le droit comptable et qui se cache derrière la naissance matérialiste de la créance peut de toute évidence être utilisé pour opérer une ventilation temporelle, en l'espèce la ventilation d'une créance ou d'une dette sur plusieurs exercices. C'est un point qu'il conviendra de creuser. Peut-être qu'un trop grand attachement en droit commun à l'idée d'unité et d'indivisibilité de la créance, véhiculée par l'article 1244 du Code civil² expliquerait une absence de prise de conscience de ce facteur dans les autres branches du droit que les droits comptable et fiscal. Or, nous savons et pouvons relever nombre de situation où la créance se divise³, ce qui montre que cette résistance n'a pas lieu d'être.

Tout ceci achève de confirmer d'après nous que la naissance matérialiste de la créance de prix, qui se manifeste dans diverses branches du droit, n'incarne pas la créance au sens stricte, l'obligation, le droit subjectif personnel. Il s'agit d'un **autre concept**, vraisemblablement à la nature et à la structure différente.

Conclusion de section, l'approche renouvelée de la créance :

602. Par l'observation du droit des entreprises en difficulté, du PCG et de la doctrine comptable et fiscale, nous aboutissons à la conclusion que la naissance matérialiste ne correspond pas à la naissance de la créance au sens classique du terme, au sens de droit subjectif personnel. Un autre concept se cache derrière cette date de naissance atypique qui résiste au principe de naissance au jour du contrat. En effet, la définition du droit comptable, mais aussi certaines caractéristiques de cette créance qui naîtrait au fur et à mesure de l'exécution de la prestation sont incompatibles avec le

¹ G. ENSELME, *Introduction à la comptabilité*, Litec, DCG 9, 11^e éd. 2010, n°628 s.

² L'article 1244 du Code civil dispose que *« le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible »*

³ Outre que le créancier pourra accepter un paiement partiel et le fera le plus souvent car *« un tien vaut mieux que deux tu l'auras »* nombre de dispositions impliquent une division de la créance, voire une extinction partielle de la créance, ne serait-ce que les règles sur l'imputation des paiements. Tel est le cas également du mécanisme de la saisie-attribution qui peut emporter une division à double sens, division de la créance saisie lorsque son montant est supérieur à la créance recouvrée, division de la créance recouvrée lorsque le montant de la créance saisie lui est inférieur. La nature partiellement alimentaire de la créance de salaire emporte sa ventilation et sa division en cas de saisie afin de préserver une portion insaisissable. Et la nature insaisissable pourra même venir colorer l'avoir en banque consécutif de l'encaissement du salaire comme c'est le cas par exemple en régimes matrimoniaux où la loi met le compte joint à l'abri des saisies en fonction du montant des salaires récemment encaissés. En droit de la responsabilité, la loi de 1985 constitue également un bon exemple de la ventilation d'une créance. Tout véhicule impliqué est tenu de l'intégralité de la dette de réparation à l'égard de la victime, mais la charge s'en répartit en fonction des fautes commises par les véhicules impliqués au plan contributoire. En droit des régimes matrimoniaux, la créance de réparation d'un préjudice corporel sera ventilée selon les chefs de préjudices qu'elle indemnise. Ainsi, l'indemnisation d'une perte de revenue sera commune, tandis que la réparation de la souffrance par exemple, constituera un bien propre car strictement personnel. Et cette part strictement personnelle de la créance d'indemnité ne pourra d'ailleurs pas être appréhendée par l'assurance maladie au titre d'un recours récursoir pour les indemnités déjà versées à la victime par l'organisme. La créance est une car le dommage est un. Mais elle sera ventilée sur plusieurs régimes. Et ces quelques exemples ne sont en aucun cas exhaustifs.

concept d'obligation. Tantôt née de sa propre mort, tantôt résistante à sa propre mort, tantôt exigeant liquidité et exigibilité à date fixe et précise pour exister, la créance qui naît de la contreprestation n'est pas l'obligation au sens du droit commun, elle incarne un autre concept. La doctrine fiscale ne l'ignore pas et souligne déjà que la créance appréhendée en droit comptable et fiscal n'est pas la créance juridique ordinaire. Il nous faut ajouter que cette créance des droits comptable et fiscal n'est pas une exclusivité de ces matières puisqu'elle en droit des entreprises en difficulté, en droit patrimonial de la famille ou encore en matière d'AGS. Le concept se veut donc transversal et sous-jacent de branches variées du droit privé. Mais, en dehors des droits comptable et fiscal, il n'a pas été pris conscience qu'il ne s'agissait pas de la créance au sens du droit commun.

Conclusion de chapitre, l'approche renouvelée du « foyer de résistance » :

603. Affranchi des réflexions doctrinales sur les contrats à exécution successive pour lesquels les thèses modernes ont été réfutées au titre précédent, il ne reste plus que la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté qui réside au principe de naissance des créances au jour du contrat.

L'explication traditionnelle d'une fiction juridique ne permet pas d'expliquer cette jurisprudence. Pour tenir, une fiction juridique doit se justifier et être marginale. Or, les justifications avancées par les auteurs ne sont erronées ou insuffisantes. Surtout, il n'est en réalité pas qu'en droit des entreprises en difficulté que le phénomène d'une naissance matérialiste de la créance de prix se rencontre. D'autres branches du droit sont concernées, parmi lesquelles le droit patrimonial de la famille, le droit comptable, le droit fiscal, le droit des biens, le droit du travail. Le phénomène est en réalité très transversal, il recoupe différentes branches du droit qui n'ont pas de lien entre elles. De ce constat jaillit nécessairement le pressentiment qu'un concept autonome se cache derrière cette date de naissance atypique de la créance dont le mode de naissance original a d'ailleurs été soulevé précédemment¹.

Le fait est que la doctrine fisacliste a bien conscience quant à elle que cette date de naissance ne correspond pas à la date de naissance de la créance au sens du droit commun, voire qu'il ne s'agit pas du concept de créance au sens du droit commun, du droit subjectif personnel. Outre le mode de naissance en continu qui se prête mal à la physionomie du droit subjectif personnel, le fait est que cette créance présente des particularités qu'il est impossible de rencontrer avec l'obligation juridique, notamment une résistance à sa propre extinction. Sans aller aussi loin, la naissance de la créance de prix au jour de la livraison dans la vente constituait déjà le symptôme d'une absence de correspondance avec la créance au sens classique du terme, car la date de naissance de la créance de vente n'est pas controversée dans la vente, elle naît au jour du contrat et non pas au jour de la livraison.

¹ Cf. supra, n°575 à l'occasion de l'appréciation critique de la thèse matérialiste exposée en chapitre préliminaire. Cf. également supra n°575.

Conclusion de titre, la consolidation de la date de naissance de la créance fixée au stade de la formation du contrat

604. C'est d'abord en tenant compte des critiques que lui avaient adressées les auteurs partisans des thèses contemporaines que la thèse matérialiste se trouve consolidée. La confusion héritée du droit romain entre la source qu'est le contrat et ses effets que sont les obligation, renforcée par la force de l'habitude et l'écoulement du temps, ont fini par faire de la thèse classique un dogme à l'application aveugle, parfois inappropriée et dangereuse, dans tous les cas nuisible pour la cohérence d'ensemble du système de droit privé. Prendre conscience de cet aspect dogmatique contemporain, de son caractère erroné et de son impact nuisible permet d'amorcer une réflexion sur le fondement de la thèse classique, car c'est davantage le fondement de la thèse classique qui pose problème que l'idée qu'elle véhicule. Cette réflexion aboutit au constat relativement simple que la naissance au jour du contrat constitue un principe général du droit pouvant s'articuler avec des exceptions qui s'expliquent par la nature normative du contrat et doivent emprunter la physionomie d'une condition. La volonté seule ne peut donc pas retarder arbitrairement la naissance d'une créance, il faut que l'engagement soit explicitement, implicitement ou naturellement conditionné à la survenance incertaine au jour du contrat d'un événement factuel futur. Ainsi renouvelée, la thèse classique se retrouve renforcée en s'émancipant des critiques de ses détracteurs.

605. C'est ensuite en expliquant le noyau de résistance de la jurisprudence sur l'ancien article 40 que la thèse classique se retrouve consolidée. La naissance matérialiste au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation consacrée par cette jurisprudence ne peut constituer une exception s'articulant avec le principe de naissance au jour du contrat, elle contredit ce dernier. Le phénomène est classiquement expliqué par la technique de la fiction juridique. Mais une observation globale du droit privé permet de déceler la présence de ce phénomène dans d'autres branches du droit privé qui n'ont rien à voir avec le droit des entreprises en difficultés. En droit fiscal, la doctrine analyse le phénomène et prend acte qu'il ne s'agit pas là de la date de naissance au sens du droit commun ni même de la créance au sens du droit commun. Cette date de naissance atypique n'est pas la naissance de la créance au sens du droit subjectif personnel. Dès lors, la thèse selon laquelle ce dernier naît au jour du contrat ne se trouve plus contredite par le droit des entreprises en difficulté. Cette thèse se trouve bien renforcée car affranchie de l'emprise d'un phénomène qui semblait lui résister.

Conclusion de partie, les carences d'une approche juridique de la date de naissance de la créance :

606. Le droit des entreprises en difficulté a initié une réflexion doctrinale ayant dérivé en controverse doctrinale tous azimuts quant à la date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. La thèse classique d'une naissance au jour du contrat s'est trouvée concurrencée par une pluralité de thèses contemporaine réductibles à deux, la thèse matérialiste d'une naissance du prix au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation et la thèse périodique d'une renaissance de toutes les créances à chaque début de période contractuelle pour la période suivante. La question faisait figure d'un maquis impénétrable et il convenait de procéder par ordre pour ne pas s'y perdre.

L'examen des thèses contemporaines sans prendre en compte le droit des entreprises en difficulté a conduit à leur invalidité, de façon certaine pour les contrats à durée déterminée, de façon moins indisuctable pour les contrats à durée indéterminée pour lesquels le droit positif ne permet pas de trancher et pour lesquels seule une réflexion théorique personnelle nous a permis de fonder et de justifier contre toute attente l'application d'un principe de naissance au jour du contrat dans ces contrats à durée indéterminée malgré la méconnaissance au jour de la formation de l'acte de la durée globale d'exécution du contrat et donc du contenu global des obligations. Il convient toutefois de remarquer que **la thèse matérialiste ne peut qu'être exclue pour les contrats à durée indéterminée, la seule alternative consistant en la thèse périodique ou bien la thèse classique.** En effet, si la thèse matérialiste était appliquée aux contrats à durée indéterminée, de deux choses l'une, ou bien la créance de prestation naîtrait au fur et à mesure de son exécution, de son extinction, ce qui n'est pas concevable, ou bien la créance de prestation naîtrait pour le tout au jour du contrat, mais alors on ne verrait plus pourquoi il n'en irait pas de même pour la créance de prix puisque la quantité globale de prestation n'est elle non plus pas connue à l'avance du fait de la durée indéterminée du contrat. **Or, c'est la naissance matérialiste et non pas la thèse périodique qui est appliquée par la jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure qui persiste seule dans sa résistance à la thèse classique d'une naissance pour le tout au jour du contrat.**

En effet, l'examen de la thèse classique a permis de l'affanchir des critiques qui lui étaient adressées par ses détracteurs en lui retirant son aspect dogmatique pour lui restaurer son visage véritable, un principe général du droit. Mais il demeurerait cependant son noyau de résistance qui avait été initialement mis de côté pour examiner la validité des thèses contemporaines, la jurisprudence rendue en droit des entreprises en difficulté. D'après celle-ci, **la créance de prix naît au jour de l'exécution de la contreprestation, quel que soit le contrat en cause, la créance du prix de vente naît de la livraison dans ce contrat instantané topique, la créance de loyer naît de l'occupation dans ce contrat à exécution successive topique qu'est le bail, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée.**

607. Cette **naissance matérialiste** utilisée pour le privilège de procédure ne correspond pas exactement aux thèses matérialistes car elle fait fi de l'existence d'une créance de prestation et considère cette dernière uniquement comme un fait générateur d'obligation, ignorant l'existence et les effets du contrat en principe source des obligations. L'explication de ce phénomène par la technique de la fiction juridique succombe au constat que cette naissance matérialiste n'est en réalité pas cantonné au droit des entreprises en difficultés et peut être décelé en matière d'AGS, en droit patrimonial de la famille, en droit des biens, en droits fiscal et comptable. Ces deux dernières branches revêtent une importance particulière car elles appréhendent et analysent ce phénomène. Il en ressort que celui-ci ne correspondrait pas à la naissance de la créance au sens du droit commun, ni même à la créance au sens du droit commun. **La naissance matérialiste recèle donc un autre concept que la créance purement juridique et classique qu'est le droit subjectif personnel.** Il est dit du droit comptable qu'il « *est, avant tout, un droit économique* »¹. En outre, « *le référentiel IFRS vers lequel le PCG s'oriente est un référentiel dont l'un des principes fondamentaux est la prééminence de la réalité sur l'apparence, c'est-à-dire de l'économique sur le juridique* »². Pour

¹ Ibid.

² focuspcg.com : Comprendre le PCG, Évolution du droit comptable.

ces raisons, il apparaît approprié de nomer « créance économique » le concept inconnue que recèle la naissance matérialiste de la créance appliquée en droit des entreprises en difficultés, dans d'autres branches du droit et davantage analysée en droits comptable et fiscal.

*« Le temps de la synthèse est venu, en tout cas celui du rapprochement, de la conciliation, et des liaisons »*¹. Quittant le paradigme de l'opposition des dates de naissance des créances juridiques, il convient de s'orienter vers le paysage nouveau de l'articulation de deux dates de naissances différentes pour la créance du fait de la coexistence en droit de deux concepts différents de créances, la « **créance juridique** » qu'est le droit subjectif personnel et la « **créance économique** » qu'il convient à présent de découvrir et de systémiser pour restaurer la cohérence du système de droit privé en matière de date de naissance des créances, la juridique et l'économique.

¹ Le Doyen Georges VEDEL, préface de la thèse de P. BERN, *La nature juridique du contentieux de l'imposition*, LGDJ 1972.

PARTIE 2 : Les virtualités d'une approche économique de la date de naissance de la créance

608. La **thèse matérialiste** de la date de naissance de la créance représente une approche économique de la naissance de la créance juridique. Cette naissance économique permet de déceler la présence d'une autre acception de la créance, une acception économique. Nous nommerons cette seconde acception de la créance « créance économique » par opposition à la créance au sens habituel de droit subjectif personne que nous désignerons sous le vocable de « créance juridique » pour des raisons de commodité. L'étude d'une vision économique de la naissance de la créance et avec elle d'une acception économique de la créance permet de restaurer la cohérence du droit positif en matière de date de naissance des créances, d'expliquer la dichotomie des dates de naissance en présence et de proposer chemin faisant certains ajustements du droit positif. Pour François GénY, le rôle de la science du droit est de mettre en lumière les règles qui restent inconnues bien qu'existant à l'état latent¹. Tel est le travail entrepris ici: **déceler le concept de créance économique derrière la thèse matérialiste de la date de naissance de la créance de prix afin de sortir du hiatus de la dualité des dates de naissance de la créance par une dualité du concept de créance lui-même.**

609. Il n'eut pas été possible d'étudier directement la date de naissance économique de la créance, ni même la créance économique, sans passer par l'état du droit positif et des thèses doctrinales en matière de date de naissance de la créance.

En l'absence de cette étude d'ampleur, l'intérêt du concept de créance économique n'aurait pas pu être perçu. Il n'aurait notamment pas été mis en évidence que la date de naissance de la créance économique, une naissance au fur et à mesure de la contreprestation, n'est pas la date de naissance de la créance au sens habituel de droit subjectif personnel.

Cet état des lieux préalable était également indispensable pour amorcer un travail profond d'éclaircissement de l'enchevêtrement qui s'était tissé autour de la date de naissance de la créance. Comme il a été vu, de nombreux facteurs de complexification venaient indirectement obscurcir la problématique. Il était indispensable de les identifier et de les écarter pour atténuer le brouillard qui s'était formé autour de la date de naissance de la créance de prix, sans quoi la lumière d'un retour à la cohérence n'aurait eu aucune chance de percer, quelles que soient les propositions effectuées.

Il n'y a à présent plus lieu d'aborder la thèse périodique de la naissance des créances. Seule la thèse matérialiste présente en effet une existence tangible en droit positif et incarne une autre réalité persistante de la créance, une acception économique de la créance. Cette créance économique de prix naît par hypothèse au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation en ignorant l'existence d'une créance de contreprestation. Seule sera donc étudiée à présent la réalité présente derrière cette naissance matérialiste de la créance de prix.

Nous savons par hypothèse que la créance économique est utilisée dans différents domaines tels la détermination du privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté ou encore les droits

¹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919, p3.

comptable et fiscal. Bien que l'objectif soit la mise en évidence du domaine, il apparaît évident que les manifestations certaines du concept de créance économique en droit seront utilisées tout au long de la démonstration. Malgré tout, si nous savons qu'elle est utilisée dans ces domaines, nous ne savons pas pourquoi. Cerner le domaine de la créance économique passe également par la recherche de cette explication pour ceux des cas d'application qui sont d'ores et déjà identifiés. La démonstration ne peut être que progressive et décloisonnée.

610. Un obstacle doit être écarté d'emblée. Il pourrait être observé qu'il apparaît difficilement imaginable d'intégrer un concept économique dans le système de droit privé. Mais l'économie fait partie des domaines dont le droit s'inspire pour exister et évoluer¹. Les deux disciplines, droit et économie, ont en réalité beaucoup à s'apporter réciproquement². Pour ce qui concerne le contrat, Jacques Ghestin³ démontre d'ailleurs que l'utilité économique constitue l'un des fondements de sa force obligatoire. Messieurs Terré, Simler et Lequette remarquent dans leur précis, à l'occasion de la distinction entre capital et revenu, que des « *notions d'inspiration économique plus ou moins marquée ne sont pas non plus sans influence au cœur même du droit privé, particulièrement du droit civil* »⁴. Gény s'étonnait qu'on n'eût pas fait entrer plus utilement « *dans la langue du droit les expressions du plus grand nombre des notions économiques courantes... valeur, profit, capital...* ». C'est ce qu'il sera tenté ici, d'éclaircir et d'enrichir le droit par l'introduction d'une notion *économique* dans le système de droit privé.

Pour achever de lever l'obstacle, il est possible d'observer que des concepts économiques existent déjà dans notre système juridique. La notion d'entité économique est utilisée en droit du travail pour s'affranchir des apparences juridiques en vue de s'assurer de la poursuite des contrats de travail lorsque les changements dans la situation juridique de l'employeur ne font pas disparaître la réalité de l'activité⁵. Dans un arrêt d'assemblée plénière, la Cour de cassation énonçait ainsi que le maintien des contrats de travail se justifie lorsque l'entreprise, même de service, constitue une « *entité économique ayant conservé son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise* »⁶. Cette même notion d'entité économique se retrouve dans le cadre de l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions où l'activité économique apportée se voit attribuer les effets d'une véritable personnalité juridique dotée d'un patrimoine, en particulier le transfert de plein droit des biens et surtout des obligations attachées à l'activité⁷, spécificité pourtant refusée au fonds de commerce justement parce qu'il n'est qu'un bien et non pas une personne et ne saurait à ce titre être doté d'un patrimoine, d'un passif spécifique détaché de la personne de l'exploitant et qui serait transmis avec le fonds.

Des notions économiques peuvent donc être insérées dans notre système juridique. Il suffit de les cerner et de les conceptualiser avec suffisamment de précision pour qu'elles s'incorporent sans heurts dans le système juridique. C'est là la première étape indispensable sur le chemin d'une restauration de la cohérence du droit en matière de date de naissance de la créance économique de prix d'une contreprestation prévue dans un contrat synallagmatique.

¹ C. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit*, traité, Economica, 6^e éd., 2013.

² E. BROUSSEAU, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *mél. Ghestin*, LGDJ 2001. L'auteur déplore un cloisonnement des disciplines qui s'obstinent à s'ignorer, alors que l'enrichissement réciproque est potentiellement important.

³ J. GHESTIN, *Les obligations. La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^e éd. 1999

⁴ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013, n°15.

⁵ Art. L. 1224-1 du Code du travail, anc. art. L. 122-12.

⁶ AP 16 mars 1990, n°86-40686, P, Dr. social 1990, p. 399, concl. H. DONTENWILLE, note G COUTURIER et X. PRÉTOT.

⁷ Com. 16 févr. 1988, n°86-19645, P, com. 15 mars 1994, n°91-20334, P.

611. La présente étude ne vise pas seulement à poser le concept de créance économique, elle a pour but de restaurer la cohérence du droit positif en matière de date de naissance de la créance par le concept de créance économique. Le cadre de la cohérence du droit en matière de date de naissance de la créance est important. Outre qu'il justifie la nécessité de faire émerger le concept de créance économique, il explique le cheminement qui sera suivi à cet effet.

En particulier, l'étude d'un mécanisme nouveau commence généralement par son domaine. Tel ne sera pas le cas ici. Le domaine ne représente pas le point de départ, il représente notre point d'arrivée. En effet, à ce stade des développements, nous savons que la thèse matérialiste incarne une autre acception de la créance. Mais nous ne savons ni pourquoi ni quand. Or, l'existence non systématisée de cette seconde acception de la créance perturbe la cohérence du droit positif en matière de date de naissance de la créance, car certaines règles de droit font usage du concept de créance juridique tandis que d'autres font usage du concept de créance économique. Dès lors, restaurer la cohérence du système de droit privé nécessite de déterminer quelles sont les règles qui appliquent la date de naissance de la créance économique, quelles sont celles qui appliquent la date de naissance de la créance juridique. **La détermination du domaine constitue donc l'objectif** et le point d'arrivée de la démonstration d'ensemble envisagée dans les présents travaux et non pas le point de départ du concept de créance économique. Pour arriver à identifier ce domaine, il conviendra au préalable de mieux cerner le concept de créance économique, notamment à travers son essence, sa nature, sa fonction dans le système de droit privé.

En outre, la créance économique est un **concept transversal du droit privé**. Ce n'est pas une institution ou un mécanisme juridique. Cela influe également sur le cheminement qui sera suivi dans le cadre de cette seconde partie. Il serait en effet inapproprié d'étudier son régime, ses conditions et ses effets. L'étude d'un nouveau concept transversal du droit privé implique plutôt de se pencher sur sa substance intrinsèque ainsi que sur sa fonction dans le système de droit privé.

612. La naissance économique de la créance présente la virtualité d'ouvrir la voie sur un nouveau concept, le concept de « créance économique » qui vient compléter le concept déjà bien connu de « créance juridique » pour restaurer la cohérence du droit privé en matière de date de naissance des créances. Il n'existe pas une seule créance, mais deux, d'où la dualité persistante des dates de naissance des créances en droit.

À cette fin d'un retour à la cohérence, l'étude du concept nouveau de créance économique (titre 1) doit précéder celle de sa fonction (titre 2), afin de pouvoir appréhender son domaine d'application (titre 3). Ce dernier achèvera la systématisation du nouveau concept et permettra le retour à la cohérence, à la prévisibilité des solutions et à la sécurité juridique.

TITRE 1 : Notion de créance économique

613. La date de naissance matérialiste cache l'existence d'une autre acception de la créance, la créance économique. Eugène Gaudemet¹ remarquait déjà au sujet du concept d'obligation que, si ce concept était moins en proie au changement et faisait preuve de davantage de stabilité, son évolution tendait cependant à s'accélérer du fait de ses liens intimes avec l'économie, le crédit constituant la condition essentielle d'un commerce perfectionné. L'auteur précisait ensuite que l'obligation présentait deux caractères, un lien et une valeur, le caractère de valeur ayant de plus en plus d'emprise. Sans doute Gaudemet pensait-il davantage à l'obligation comme bien lorsqu'il faisait allusion à sa valeur. Le parallèle peut malgré tout être souligné entre la créance juridique et la valeur. Celle-ci représente une notion cardinale dans l'appréhension de la créance économique comme il sera vu.

614. La créance économique n'est pas un concept fonctionnel, c'est un concept notionnel présentant une substance et des caractéristiques qui lui sont propres. Elle n'est pas non plus une pure invention. Elle existe à l'état latent et sous-jacent en droit positif et l'une de ses manifestations prend la forme d'une date de naissance atypique à partir de laquelle nous avons décelé sa présence. Cette existence sous-jacente en droit peut d'ailleurs être montrée sans passer par le détour d'une dualité des dates de naissance en droit, par la recherche et la découverte directe d'une dualité de l'acception de la créance en droit. Une fois cette existence mise en évidence, il sera possible d'explorer la notion en faisant ressortir son essence et de procéder à son insertion dans le système de droit privé par sa conceptualisation. De la notion en tant que donnée nous passerons ainsi au concept juridique plus abouti².

Au constat empirique de l'existence de la notion de créance économique (chapitre 1) suivra donc sa conceptualisation (chapitre 2) avant de relever les difficultés qui peuvent être rencontrées à l'occasion de la datation précise de la naissance de la créance économique (chapitre 3).

¹ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, S. 1937, rééd. Dalloz 2004, p. 10 s.

² Si les termes de « *notion* » et « *concept* » sont fréquemment utilisés comme synonymes, ils ne le sont pas en réalité. La notion relève davantage du donné tandis que le concept relève quant à lui du construit. Une notion est une connaissance intuitive générale qui synthétise les caractères essentiels d'un objet, mais ne prétend pas à la scientificité. Le concept est quant à lui une représentation mentale générale et abstraite d'un objet, abstrait ou concret, stabilisé dans une communauté de savoirs à un moment déterminé. Le concept fait référence à un objet construit dans le monde scientifique ou savant et la production de concepts constitue le travail des chercheurs. La conceptualisation réside donc dans un « *passage (...) de notions élémentaires à des notions plus complexes* ». Autrement dit, la notion reste encore vague, mais elle existe, le concept devient précis, pointu, la conceptualisation fait devenir plus précise plus structurée, plus construite une notion auparavant encore floue (Québec français, été 2009, p. 154).

Chapitre 1 : Constatation empirique d'une présence de la créance économique

615. La dualité des dates de naissance de la créance de prix a déjà été observée en première partie, une naissance au jour du contrat et une naissance au jour de l'exécution de la contreprestation. La thèse classique d'une naissance au jour du contrat correspond à la véritable date de naissance de l'authentique concept de créance, le droit subjectif personnel. Il a été pressenti que la seconde date de naissance de la créance, si elle ne pouvait être exclue dans le cadre de l'application de certains mécanismes spécifiques du droit, devait s'expliquer par l'existence d'une autre acception de la créance. Ayant pressenti cette existence d'une seconde créance, il est possible à présent de s'affranchir de la seule considération de la dualité des dates de naissance pour rechercher plus directement la présence en droit d'un autre concept de créance. Cette recherche est fructueuse. Elle permet de constater de façon empirique la présence sous-jacente en droit d'un second concept de créance.

Ce constat empirique peut se faire de façon indirecte à travers la présence d'une seconde vision du contrat corrélative de notre seconde acception de la créance, la créance économique (section 1). Mais il peut aussi se faire directement à travers la mise en évidence de l'existence simultanée de deux exceptions de la créance tant en droit positif qu'en doctrine (section 2).

Section 1 : Une seconde vision du contrat corrélative de la créance économique

616. La thèse matérialiste de la naissance des créances n'est en réalité pas si récente. Nous en trouvons des traces en droit romain où la catégorie des contrats innommés pourrait être vue comme l'ancêtre de la créance économique. Il existe aussi depuis longtemps, en filigrane, une double vision du contrat qui résonne avec la thèse matérialiste de la date de naissance des créances et avec la dualité des concepts de créances en droit.

Le contrat peut être appréhendé de deux façons. S'il constitue un acte juridique, il peut également être appréhendé en tant que fait par le droit. En tant qu'acte juridique, le droit y voit davantage une source d'obligations. Kelsen constate le mélange des conditions de formation de l'acte avec ses effets, la création d'obligations. En tant que fait, le contrat se trouve réduit à sa prestation caractéristique. C'est alors de ce fait matériel que naît l'obligation. Le curseur de la certitude de la créance de prix se trouve dans cette seconde vision du contrat repoussé au jour de l'exécution de la prestation. Cette double vision existe depuis fort longtemps, mais aucune conséquence n'en avait été tirée sur le plan pratique au niveau de la date de naissance de la créance.

La jurisprudence rendue en droit des entreprises en difficulté qui fait application de la naissance matérialiste de la créance omet la créance de prestation caractéristique. Par cette omission, elle **réduit le contrat à l'exécution d'un fait, l'exécution de la prestation caractéristique. Cette vision réductrice du contrat est corrélative de la date de naissance matérialiste de la créance.** Or, cette vision particulière du contrat se retrouve en droit romain et en économie.

La dualité des concepts de créance résonne ainsi avec une dualité des concepts de contrat. Elle se manifeste à la fois en un autre temps, en droit romain (§1), et sur un autre plan, à travers une vision économique du contrat (§2).

§ 1 : Le contrat innommé en droit romain

617. C'est dans la dernière période du droit romain¹, le Bas-Empire, qu'apparaissent les contrats innommés. Ceux-ci font exception au principe d'interdiction des pactes nus².

En droit romain, les contrats sont régis par un formalisme rigoureux sans l'accomplissement duquel ils n'avaient pas d'existence juridique. Les conventions devaient être habillées d'un formalisme sans lequel elles n'accédaient pas à la vie juridique, ne devenaient pas des contrats ayant force obligatoire, constituant ainsi des pactes nus. À l'origine, il n'existait que des contrats unilatéraux abstraits, la cause n'étant pas exigée. La vie des affaires se développant, les nécessités économiques firent vaciller la rigueur du droit. Outre la catégorie des contrats réels dont le formalisme réside dans la remise de la chose, apparaissent quatre contrats nommés, les premiers contrats synallagmatiques : la vente, le louage, la société et le mandat sanctionnés par les actions de bonne foi qui laissent davantage de liberté au juge. L'existence de contrats consensuels ne correspond cependant pas au principe du consensualisme. La liste était en effet limitative, le principe du formalisme et de l'inefficacité juridique des pactes nus demeurait.

Un dernier pas évolutif est toutefois créé par la création des contrats innommés matérialisés avec l'action *praescriptis verbis*³ qui les sanctionne. Ces contrats ne correspondent pas à une catégorie déjà définie par la loi. Ce sont des conventions synallagmatiques qui ne prennent juridiquement vie et n'accèdent au rang de contrat que par l'exécution de l'une des prestations prévues. Autrement dit, s'agissant d'un contrat de prestation de service⁴, le contrat prend vie et l'obligation de payer le prix avec, au jour de l'exécution de la contre-prestation⁵. La terminologie « contrat innommé » semble provenir d'Ulpien⁶. La partie ayant exécuté avait le choix entre deux actions dont elle se trouvait titulaire, une action en répétition de l'indu et une action en exécution forcée⁷.

¹ M.-H. RENAUT, *Histoire de droit des obligations*, Elipses, p. 1 et s. : Le droit romain se découpe en trois périodes, l'ancien droit (450 à 150 av. J.-C.), la période classique (jusqu'au 2^{ème} siècle après J.-C.), puis le Bas-Empire (jusqu'au 5^{ème} siècle). La période du Bas-Empire ne comporte pas d'évolution majeure quant au droit substantiel des contrats. L'évolution réside dans l'unification du procès, l'augmentation des pouvoirs légaux et judiciaires de l'Empereur, mais surtout dans l'important effort de codification effectué sous l'impulsion de l'Empereur Justinien, grâce auquel nous avons aujourd'hui connaissance du droit romain à travers les Institutes (sortes de manuels), le Digeste (citation des anciens praticiens, jurisconsultes qui constituaient la jurisprudence), le Code (regroupant les anciennes lois impériales) et les Novelles (regroupant celles parues depuis le Digeste, autrement dit les nouvelles).

² P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1906, Rééd. Dalloz 2003, p. 470 s.

³ Action personnelle en exécution qui existait avant les contrats innommés. Labéon l'appliquait pour des contrats à l'existence certaine, mais à l'identification précise difficile. Elle fut par la suite généralisée par l'empereur Justinien à tout contrat synallagmatique ne correspondant cette fois à aucune catégorie existante.

⁴ Autres exemples, l'échange, le partage, la transaction.

⁵ Ou l'inverse vraisemblablement, ce qui différencie tout de même les contrats innommés du droit romain de la créance économique, créance de prix, qui naît de l'exécution de la contre-prestation.

⁶ Digeste, 2, 14, 1 et 7, référence citée par J.-P. Lévy et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, n°513. Paul avait élaboré une typologie de ces contrats afin de recouvrir toutes les catégories envisageables (D., 19, 5, 5) : donner/donner, donner/faire, faire/donner, faire/faire.

⁷ C'est qu'historiquement, la 2^{nde} ne fut qu'ajoutée à la première (P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1929, rééd. Dalloz 2003).

618. La résonnance avec la thèse matérialiste de la naissance des créances est évidente. Et l'argumentation sur le terrain de la cause l'accompagne pareillement. Ariston¹ disait ainsi qu'il n'y avait contrat que pourvu qu'il y ait cause, la cause résidant dans l'exécution de la prestation. Cependant, comme le soulève Larombière, ce n'est pas de la cause que nous connaissons dont il s'agit, car « *Le droit romain donne quelquefois au mot cause une acception toute particulière, inconnue dans notre droit* »². C'est ici de la cause efficiente dont il s'agit, au sens de fait générateur, et non pas de la cause finale actuellement utilisée en droit positif. On voit ici que l'argumentation des partisans de la thèse matérialiste de la date de naissance des créances invoque à tort la théorie de la cause pour fonder leurs propos.

619. Certes, cette ancienne catégorie des contrats innommés se trouve aujourd'hui complètement dépassée par le principe du consensualisme³. Elle a cependant eu un rôle considérable dans l'évolution du droit vers le principe du consensualisme⁴. Ceci nous laisse à penser que les contrats innommés étaient l'émanation d'une réalité, toute naturelle, qui n'a dès lors pu que leur survivre, la réalité selon laquelle l'exécution de la prestation caractéristique du contrat synallagmatique emporte nécessairement des conséquences qui peuvent être insoupçonnées. C'est cette réalité inébranlable que nous tentons de faire rejaillir sous forme d'une créance économique naissant au jour de l'exécution de la prestation.

La créance économique représente aujourd'hui la même réalité inéluctable qui avait conduit les Romains à donner force juridique aux contrats innommés recevant un commencement d'exécution. Ainsi, Michel Villey⁵ expose deux visions du contrat, la vision contemporaine d'un donné, ou bien la vision plus contemporaine d'un construit. Et l'auteur conclut que la vision du droit romain s'avère plus naturelle, correspond davantage aux réalités, et qu'il faudrait lui donner à nouveau toute l'importance qu'elle mérite. C'est en ce sens que nous nous orientons présentement puisque la consécration de la créance économique correspond à cette seconde vision naturelle du contrat, un donné, et non pas un construit. Michel Villey remarquait que cette vision du contrat ne pouvait que survivre au temps et aux évolutions, qu'elle présente un caractère inéluctable, ineffaçable, toujours présent à travers tous les lieux et toutes les époques. Nous ne pouvons qu'abonder en son sens.

620. La dualité des créances fait résonnance avec une dualité des concepts de contrats qui repose à la fois sur une dichotomie philosophique et sur une évolution historique. Philosophiquement, la créance juridique repose davantage sur un construit, tandis que la créance économique provient davantage d'un donné. La créance juridique de prix est construite sur la force que le droit donne au contrat en

¹ 1^{er} siècle ap. J.-C., cité par J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., Précis Dalloz, p. 759, n°513.

² LAROMBIERE, *Théorie des obligations*, t. 1, art. 1131 p283 et 284.

³ J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, op. cit., n°518 p. 767.

⁴ LEVY et CASTALDO, op. cit.

⁵ M. VILLEY, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Arch. Philo. droit* 1968, t. 13, p. 1 : « *Nous ne croyons pas aux grandes synthèses artificielles dont on nous rabat les oreilles sur le changement universel ; tout n'a pas tellement changé ; il y a quelques vérités durables. C'est ce qui autorise les historiens à se mêler encore quelquefois aux discours des juristes. En particulier cette méthode classique du droit naturel, elle ne date d'aucun siècle, ni du IIIe avant J.-C., ni du XIIIe de notre ère. Elle peut être aussi d'aujourd'hui* ».

tant qu'accord de volontés. La créance économique de prix provient quant à elle davantage du donné que constitue l'exécution de la prestation caractéristique, manifestation tangible, matérielle et la moins réversible des effets du contrat qui fait surgir, ressentir, la nécessité d'une créance de prix en retour. Le droit romain reposait davantage sur du donné et notre droit ne s'est jamais totalement affranchi de lui en matière d'obligations. Mais d'autres courants sont venus influencer cette vision, la faisant passer au second plan en droit positif, érudite derrière le principe du consensualisme, le respect de la parole donnée et une naissance de toutes les créances au jour du contrat. Il s'agit à la fois de l'esprit du droit canon et du respect de la parole donnée, les nécessités économiques d'une société capitaliste renforçant le besoin de crédit concret et abstrait. Eludée, la vision romaine ne peut cependant pas être effacée, car elle relève de la nature des choses, de telle sorte que les spécificités de l'exécution de la prestation caractéristique ne peuvent être effacées et apparaissent au plan moléculaire sous la forme d'une créance économique.

§ 2 : Le contrat en économie

621. La définition du contrat en économie diffère de sa définition en droit. Spécialement, alors qu'en droit le contrat peut être unilatéral, il semble qu'en économie le contrat ne puisse qu'être synallagmatique parfait. Ainsi, le contrat est défini au dictionnaire de science économique¹ comme un accord par lequel les contractants souscrivent des engagements les uns à l'égard des autres.

C'est surtout la lecture de Jean-Michel Poughon² sur la doctrine de l'échange qui interpelle. L'auteur explique que l'échange est la base de la réflexion économique, qu'un seul contrat ne constitue qu'une demi-opération économique³, si bien, que, la monnaie servant d'intermédiaire, d'étalon, l'agglutinement des contrats aboutit à des **opérations économiques d'échanges** de biens et de services. Cette réduction des opérations juridiques à une succession d'échanges confirme la vision économique du contrat, une vision nécessairement bilatérale qui diverge en conséquence de l'acception purement juridique du contrat.

622. Plus intéressant encore, l'auteur précise que l'opposition entre l'économique et le juridique n'est pas récente, qu'elle existait déjà dans l'Ancien Droit, avant la promulgation du Code civil. À une vision juridique du contrat, des obligations et de la cause s'oppose une vision plus économique que l'on retrouvait déjà en droit romain avec la théorie des contrats innommés. L'auteur souligne aussi que, tandis que la vision juridique se focalise sur la source, l'origine des obligations, la vision économique et matérielle, déplace la focale sur l'exécution : « *L'obligation était ainsi conçue comme liée à l'exécution de la prestation plutôt que comme son origine* ». **C'est là clairement l'expression de la créance économique**, car il n'est pas question d'une obligation quelconque, mais de la prestation.

¹ A. BEITONE, A. CAZORLA, C. DOLLO, AM DRAI, *Dictionnaire de science économique*, 2^e éd. A. Colin.

² J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, 1987, spéc. p. 149, n°233 s.

³ Une vente n'est que la moitié d'un échange.

C'est en effet clairement sur ce vieux terrain d'une acception plus économique du contrat, des obligations et de la cause que se situent les auteurs qui prônent la thèse matérialiste d'une naissance des créances. Ainsi, Gilles Endréo¹, sans présenter l'opposition des visions économique et juridique, arbore d'emblée l'angle économique en présentant le contrat comme une « *opération économique d'échange* ». Puis il défend une naissance de la créance de rémunération au jour de l'exécution de la contre-prestation en adoptant une conception objective des concepts d'obligation et de cause qui n'est autre que la vision économique exposée par Poughon. Cependant, la lecture de Poughon montre clairement qu'une telle position n'est que parcellaire, car elle occulte, adroitement ou inconsciemment, l'existence ancienne d'une opposition entre deux visions, une vision plus économique et une vision plus juridique. Le caractère ancien de cette opposition est primordial pour la réflexion, car il montre que l'opposition est vaine et que le choix n'est pas possible, à défaut de quoi le problème aurait été résolu depuis longtemps. Or, tel n'est pas le cas. Comme le remarque Poughon, si Pothier et le Code civil penchèrent du côté d'une vision purement juridique, les auteurs finissent très généralement par revenir à une racine économique, spécialement sur le terrain de la cause. Ils se livrent à une « *lecture économique des obligations* » dans le but de faire davantage coller à la réalité leurs concepts juridiques.

623. Les propos conclusifs de Poughon sont encore plus intéressants ici puisqu'ils s'orientent clairement dans notre direction, celui d'une conciliation des visions économique et juridique plutôt que d'une opposition. L'auteur remarque tout d'abord que le double mouvement du droit vers l'économie et de l'économie vers le droit converge sur le pivot de l'échange, sur la nécessité d'un droit économique. Il observe ensuite l'existence d'un courant doctrinal qui tente de réunifier avec plus ou moins d'intensité et d'intimité les deux disciplines juridique et économique. Surtout, l'auteur souligne que le droit et l'économie ne constituent pas deux domaines aux frontières délimitées, mais constituent au contraire « *l'appréhension complémentaire d'une même réalité* », car « *l'aspect réel, inhérent à l'Échange, joint à l'idée de créances qu'il implique, se révèle complémentaire du consensualisme* ».

Bien que l'auteur ne mentionne jamais explicitement l'existence de deux acceptions de la créance, ni même de deux dates de naissance de la créance, cette dualité se trouve dans la ligne droite de la convergence qu'il soutient. Elle est également présente en germe dans les propos de l'auteur : une « idée de créance » naît du fait, notre créance économique, tandis qu'une créance juridique naît de la parole, de l'acte juridique.

Conclusion de section, une seconde vision du contrat corrélative de la créance économique :

624. Comme il a déjà été observé, la thèse matérialiste, qui correspond en réalité à l'application du critère de créance économique, ignore l'existence même de la créance de prestation. Elle réduit ainsi

¹ G. ENDREO, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, 223. L'auteur se réfère à MAURY, VERDIERS et CAPITANT pour la cause. Toutefois, parmi ces auteurs, seul un seul affirme, dans une certaine mesure, une naissance de la créance de prix au stade de l'exécution du contrat, Verdiers.

le contrat au fait d'exécution de la prestation caractéristique qui fait naître la créance de prix¹. Ce phénomène ne remonte en réalité pas à aujourd'hui. Il se rencontrait déjà en droit romain à travers les contrats innommés. Le contrat innommé n'existait pas, n'avait pas force obligatoire, tant qu'une prestation qui y était prévue n'avait pas été exécutée. Les contrats innommés n'ont pas survécu à la consécration du principe du consensualisme. Mais l'idée de réduire le contrat à un fait, celui de l'exécution de la prestation caractéristique, est demeurée quant à elle sur un plan économique. Économiquement, c'est l'exécution de la prestation caractéristique qui incarne le contrat, qui lui donne corps.

Le droit n'est en réalité pas resté sourd à cette vision naturelle du contrat. L'existence d'une seconde acception de la créance en est la manifestation. Pour expliquer cette influence de la vision économique sur le droit, il est possible de se référer à la **théorie de l'autopoïèse de Niklas Luhmann**, qui permet de mieux cerner les rapports du droit et de l'économie². Elle peut être déclinée pour la créance économique. D'après l'auteur, chaque système fonctionne de façon autonome, mais perçoit les bruits de l'extérieur, des systèmes voisins. Chaque système est « normativement clos », mais « cognitivement ouvert ». Ainsi, le droit entend les bruits de l'économie et décide s'il entend ou non faire une règle normative de certains d'entre eux. La créance économique ferait partie de ces bruits que le droit a inconsciemment et instinctivement consacrés. Le présent travail consiste à faire remonter cette acception de la créance sur le plan conscient en montrant son existence et en la systématisant. Elle constitue en effet la pièce manquante permettant de restituer la cohérence du système de droit en matière de date de naissance de la créance.

Il n'est d'ailleurs pas qu'indirectement, à travers l'existence d'une seconde vision du contrat corrélative du concept de créance économique, qu'il est possible de démontrer l'existence de la créance économique. Son existence peut être montrée de façon directe à travers la mise en évidence de l'utilisation en droit positif des deux acceptions de la créance, de deux dates de naissance de la créance, appréhendée de façon simultanée et non plus simplement alternative.

Section 2 : Une seconde vision de la créance de prix constitutive de la créance économique

625. L'existence de deux thèses en matière de date de naissance de la créance n'est pas une nouveauté. Mais les thèses d'une naissance au jour du contrat et d'une naissance au jour de l'exécution de la prestation sont habituellement présentées comme étant en opposition. Dans cette optique, la mise en évidence de leurs manifestations se fait en des endroits différents, soit à l'occasion de règles de droit ou d'institutions différentes, soit selon les chambres de la Cour de cassation concernées, la chambre commerciale étant plus encline à la thèse matérialiste.

La nouveauté réside ici dans le fait de déceler des traces des deux thèses, non pas successivement au gré des décisions ou des textes, **mais simultanément, au sein d'une même décision ou d'un même texte**. Il s'opère alors un changement de paradigme. On passe d'une opposition des dates de

¹ Cf. supra n°66 et s.

² E. MACKAAY, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », in *l'analyse économique du droit, colloques Aix-en-Provence*, mai 1986 et Corte, janv.. 1986, *RRJ droit prospectif*, 1987 / 2 p. 419.

naissance à leur concomitance. Cette simultanéité des deux dates de naissance d'une même créance conduit sur la piste de leur coexistence symbiotique à travers l'articulation de deux concepts de créance. L'expression « créance » incarne en droit deux concepts qui peuvent dès lors tous deux avoir leur propre date de naissance.

Cette présence simultanée de deux acceptions de la créance derrière la dualité de ses dates de naissance peut être mise en évidence tant dans les sources de droit positif (§1) que dans la doctrine (§2).

§ 1 : Dans les sources de droit positif

626. Une seconde acception de la créance peut se déceler de façon sous-jacente, tant dans les textes (A), que dans la jurisprudence (B).

A. Dans les textes

627. Nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer que l'obligation de déclaration des créances ne pouvait logiquement que concerner des créances déjà nées au jour de l'événement qui engendre cette obligation¹. En droit des entreprises en difficulté, la sanction du défaut de déclaration résidait dans l'extinction du droit substantiel de créance. Comment admettre qu'une créance puisse être éteinte pour ne pas avoir été déclarée alors qu'elle n'était pas encore née. Il s'agit là d'un corollaire du principe de logique primaire selon lequel on ne peut tuer ce qui n'est pas né, une créance ne peut être éteinte lorsqu'elle n'est pas encore née, une créance ne peut être menacée d'extinction alors qu'elle n'est pas encore née. Il y va de la cohérence du système de droit privé français.

Certes, la réforme de 2005 change quelque peu les choses puisque la sanction n'est plus l'extinction, mais l'inopposabilité. L'idée demeure cependant qu'une créance qui n'existe pas encore ne peut être opposable, ce d'autant que les effets de l'inopposabilité sont proches de l'extinction, le créancier n'est pas payé, il ne participe pas aux distributions.

Preuve en est que, lorsque la créance n'est pas née au jour du jugement d'ouverture, soit elle se trouve affranchie de l'obligation de déclaration², soit le point de départ du délai pour la déclarer se trouve reporté à une autre date que celle du jugement d'ouverture, soit à une date où la créance sera née et pourra donc être menacée d'extinction, d'inopposabilité. Avec l'ajout par la réforme d'un critère téléologique au seul critère chronologique de date de naissance des créances pour bénéficier du privilège de procédure de l'article L. 622-17 du Code de commerce (anc. art. 40 L. 85), des créances postérieures, nées après l'ouverture de la procédure collective, peuvent théoriquement recevoir intégralement le régime de créances antérieures et être atteintes par l'obligation de

¹ Cf. supra n°107 et s.

² Les créances d'indemnité de rupture contractuelle des contrats en cours sont traitées comme des créances antérieures par détermination de la loi. Bien que nées postérieurement, elles ne bénéficient pas du privilège de procédure. Mais elles n'ont pas besoin d'être déclarées, elles sont automatiquement prises en compte dans la colocation.

déclaration prévue par l'article L. 622-24 du Code de commerce. Mais il ne s'agit plus d'une déclaration « à l'ouverture de la procédure ». L'alinéa 5 de l'article L. 622-24 reporte le délai de déclaration de ces créances postérieures astreinte déclaration à une date où elles seront nécessairement nées : « *les délais courent à compter de la date d'exigibilité de la créance* ».

628. Il est toutefois des créances particulières pour lesquelles la naissance est postérieure, mais le délai n'est pas reporté au-delà du jugement d'ouverture. Alors ces créances sont traitées par les textes à la fois comme des créances nées avant et nées après le jugement d'ouverture. Tout se passe comme si ces créances étaient dédoublées. Il s'agit des créances issues d'un contrat à exécution successive souscrit avant l'ouverture de la procédure collective et donc en cours au jour de l'ouverture de cette procédure.

D'un côté la créance de prix de ces contrats à exécution successive est traitée comme si elle était née intégralement, pour toutes les échéances futures, avant le jugement d'ouverture. En effet, « *la totalité des sommes échues et à échoir* » doit être déclarée « *dans un délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture* »¹. Comme nous l'avons vu, exiger une déclaration sous peine d'extinction implique, pour des raisons de logique élémentaire, que les créances déclarées soient nées au jour du point de départ du délai pour les déclarer. Il s'en infère qu'au regard de cette exigence, les sommes échues et à échoir résultant d'un contrat à exécution successive sont nées pour le tout avant l'ouverture du jugement d'ouverture, vraisemblablement au jour de la signature du contrat.

Mais d'un autre côté les dispositions textuelles en question ne visent que des créances nées après le jugement d'ouverture.

La mécanique de l'article L. 622-24 al. 5 du Code de commerce implique donc que les échéances postérieures correspondent à une créance antérieure. Mais la lettre de ce texte considère que les échéances postérieures correspondent à des créances nées après le jugement d'ouverture. Les textes sur la déclaration des créances en cas de procédure collective renferment donc deux visions de la créance, deux naissances pour la créance de rémunération issue d'un contrat à exécution successive. Ils portent l'empreinte d'une dualité² du concept de créance en droit des procédures collectives.

¹ Art. R. 622-22 du Code de commerce. L'article L. 622-24 dispose déjà que l'intégralité des sommes doit être déclarée.

² Il est possible de relever cette dualité également dans le point de départ de déclaration dont disposent les deux alinéas de l'article R. 622-22 du Code de commerce, le jour du jugement d'ouverture dans l'alinéa 1^{er}, comme si la créance naissait pour le tout au jour du contrat, mais le jour du 1^{er} impayé dans l'alinéa second qui concerne les contrats souscrits après le jugement d'ouverture mais ne bénéficiant pas du privilège de procédure. Nous comprenons cette différence que nous lions au devoir qui devrait en principe peser sur le mandataire judiciaire, celui de rompre les contrats qui ne sont pas utiles, et non pas reposer sur les créanciers cocontractants comme le fait la réforme par l'ajout du critère téléologique. Il ne faut pas trop tirer sur la corde. S'il a semblé finalement acceptable au législateur de prendre acte que les mandataires judiciaires ne rompaient pas les contrats inutiles, cela aurait été aller trop loin que de prendre acte qu'ils pourraient souscrire de nouveaux contrats eux aussi inutiles pour la procédure. Toujours est-il que sur le plan technique cette dualité du point de départ des délais selon que le contrat est souscrit avant ou après l'ouverture de la procédure raisonne avec la dualité des acceptions de la créance en droit des procédures collectives. Pourquoi ne pas faire courir le point de départ pour déclarer les créances issues de contrats en cours ne bénéficiant pas du privilège de procédure à compter du premier impayé, l'alinéa 1^{er} calquerait sur l'alinéa 2nd et il n'y aurait pas lieu de distinguer. Inversement, pourquoi ne pas faire courir le point de départ pour déclarer les créances issues des contrats souscrits après le jugement d'ouverture à compter du jour de la signature du contrat et non pas à compter du premier impayé car, qu'il soit souscrit avant ou après, le contrat est toujours inutile pour la procédure, par nature ici. L'esprit de l'alinéa 1^{er} se retrouverait alors dans l'alinéa 2nd, à savoir une naissance pour le tout au jour du contrat. La réponse, d'après nous, parce qu'il y a une dualité des acceptions de la créance en droit des procédures collective, reflétée par une dualité des dates de naissance de ladite créance, et qui a pour conséquence que l'on ère inconsciemment entre les deux sans pouvoir se décider vraiment, pour la simple et bonne raison que cette dualité n'a pas encore été mise en lumière.

629. La simultanéité des dates de naissance de la créance et par conséquent la dualité du concept de créance peut aussi être décelée dans **l'article 9:305 des PDEC qui traite des effets de la résolution**.

L'article énonce d'abord que « *la résolution libère les deux parties pour leur obligation d'effectuer la prestation ou de la recevoir dans le futur* ». Pour être libéré, il faut être précédemment lié, c'est donc *a priori* que les obligations étaient d'ores et déjà nées avant la survenance de la résolution ayant engendré leur extinction partielle pour le futur. L'article 1183 du Code civil adopte d'ailleurs clairement cette vision, disposant que la résolution « *opère la révocation de l'obligation, et... remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ». Il y a donc naissance instantanée et pour le tout de l'obligation au jour du contrat.

Mais l'article 9:305 des PDEC poursuit ensuite que la résolution « *est sans effet sur les droits et obligations qui avaient pris naissance au moment où elle est intervenue* ». *A contrario*, cela signifierait que la résolution n'a d'effet que sur les obligations qui n'avaient pas pris naissance au moment où elle est intervenue, autrement dit, la résolution n'aurait d'effet que sur les obligations à naître, que sur les obligations qui vont naître postérieurement à la date de la résolution. La contradiction avec le début du texte est patente. Nous sommes maintenant dans une logique de naissance successive des créances topique de la thèse matérialiste.

La dualité des concepts de créances se retrouve donc dans un paradoxe. À suivre le texte, la résolution n'éteint que les obligations qui n'existent pas, qui ne sont pas encore nées. Les deux visions antagonistes au sein de ce même texte constituent pour nous une manifestation de la dualité du concept de créance et de l'oscillation entre l'un et l'autre, cette oscillation n'étant que le mal consubstantiel du caractère inconscient et non systématisé de la dualité des créances en droit positif français. Le même phénomène se retrouve en jurisprudence.

B. Dans la jurisprudence

630. Dans les arrêts qui suivent, l'on pourrait dire, « chassez la date de naissance au jour de l'exécution, elle revient au galop ». D'une façon ou d'une autre les arrêts renferment en leur sein les deux dates de naissance des créances, une dualité des concepts. L'ordre est intéressant, ce n'est pas la date de naissance au jour du contrat qui est chassée à titre principal. Il en ressort qu'en réalité, lorsque l'attention est focalisée, concentrée, sur la problématique de la date de naissance de la créance, c'est davantage la naissance pour le tout au jour du contrat. Ce n'est qu'ensuite lorsque l'attention se relâche que la naissance de la créance de prix de l'exécution de la prestation revient inconsciemment, comme relevant presque de la nature des choses, comme s'imposant naturellement malgré tout.

631. Il est ainsi possible de retrouver dans un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 2 mars 1938¹ la même manifestation de la dualité des créances que celle que nous avons relevée précédemment dans l'article 9:305 des PDEC quant à la résolution des contrats, tantôt extinction de créances nées, tantôt absence de naissance de créances à naître. Il s'agissait cette fois-ci de la

¹ Civ. 2 mars 1938, *D.* 1938, 1, 89, A. BESSON.

résiliation d'un contrat d'assurance incendie alors à durée indéterminée à la suite de la faillite de l'assuré. La question était de savoir si l'assuré devait payer l'intégralité de la prime annuelle afférente à la période postérieure à la résiliation du contrat alors même qu'aucune couverture ne lui serait octroyée pour le paiement de celle-ci¹.

La Cour commence par énoncer « *qu'en cas de résiliation d'un contrat à prestations successives, l'extinction des obligations respectives des contractants s'opère uniquement pour l'avenir* ». Il y a donc extinction partielle des obligations pour la période future et non pas absence de naissance comme nous avons déjà eu l'occasion de le soulever. Cela implique que les obligations qui auraient dû être exécutées postérieurement à ladite résiliation étaient d'ores et déjà nées, à défaut de quoi il n'est pas possible de les éteindre, pour la raison de bon sens qu'il n'est pas possible de tuer ce qui ne vit pas encore.

Pourtant, la haute juridiction s'oriente ensuite dans un sens contraire quant à la date de naissance de l'obligation de prestations postérieures en ajoutant : « *mais que dans cette mesure, c'est-à-dire pour celles de ces obligations qui devaient naître postérieurement à la date où le contrat s'est trouvé résilié, la partie in bonis ne peut être contrainte de les exécuter ; qu'un assuré... n'a donc pas à acquitter... la fraction de la prime afférente à la période consécutive à la résiliation de la police, période durant laquelle les effets du contrat ont pris fin, tant à son égard qu'à l'égard de l'assureur failli* ». Il n'y a plus extinction d'une seule obligation déjà née pour le tout, mais naissance postérieure et successive d'une pluralité d'obligation.

Cette oscillation entre, d'une part la naissance d'une seule créance pour le tout avant la résiliation et éteinte par cette dernière pour la partie postérieure, d'autre part l'absence de naissance d'une pluralité de créances après la résiliation, fait ressortir ici encore une **dualité du concept d'obligation dans l'esprit des magistrats**. On peut constater que la naissance invoquée en premier correspond à celle de la thèse classique d'une naissance pour le tout au jour du contrat et que celle qui surgit dans l'ombre, en seconde position, lorsque l'attention sur la date de naissance de la créance se relâche, est celle de la thèse matérialiste d'une naissance successive des créances au stade de l'exécution du contrat.

632. Il n'est pas qu'en matière de résolution que la dualité occulte des concepts de créances se retrouve. Dans un arrêt du 17 mai 2001², un ambulancier avait fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective, et l'URSSAF prétendait atteindre, par sa saisie antérieure au titre des cotisations personnelles impayées par l'ambulancier, les sommes dues à l'ambulancier par

¹ L'assurance arguait d'une résiliation pour l'avenir et d'une naissance successive des créances, la créance de prime en cours est déjà née et doit être payée, seules les créances de primes postérieures ne naîtront plus du fait de la résiliation. La cour ne l'a pas entendu ainsi.

² Civ. 2, 17 mai 2001, n°99-13711, P. Voir également et pour des affaires en tout point similaires où il s'agissait de la même problématique des conventions de tiers payant : Soc. 24 févr. 2000, n°98-13444, P : « *les prestations effectuées pour le compte des assurés sociaux qu'au fur et à mesure de leur accomplissement qui seul fait naître la créance du professionnel... ne disposait pas sur la Caisse d'une créance née d'un contrat unique à exécution successive, mais d'une succession de créances distinctes nées des transports effectués* ». Voir encore civ. 2, 13 juin 2002, n°00-20844, P : « *elle ne disposait cependant pas sur cette Caisse d'une créance unique à exécution successive, mais de créances distinctes nées d'actes médicaux indépendants les uns des autres* ».

l'assurance maladie au titre d'une convention de tiers payant pour les trajets effectués avec des patients après l'ouverture de la procédure collective.

Ce n'est pas tant la solution de l'arrêt que la lettre de sa motivation qui nous intéresse ici. Les sommes dues par l'assurance maladie n'étaient pas nées de la convention de tiers payant, mais des conventions de prestation de service successives passées avec les patients, de telle sorte qu'elles ne pouvaient être atteintes par la saisie antérieure de l'URSSAF.

L'attendu de principe apporte cependant d'autres précisions : « *en application de la convention, la Caisse ne devait à la société de transport les prestations effectuées pour le compte d'assurés sociaux qu'au fur et à mesure de leur accomplissement, de sorte que la société Sofitrans ne disposait pas sur la Caisse d'une créance née d'un contrat unique à exécution successive, mais de créances distinctes nées des transports effectués, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Cet attendu porte en son sein les deux thèses antagonistes sur la date de naissance des créances.

D'un côté, il prend parti à titre principal sur la date de naissance des créances de prix dans le contrat à exécution successive. Il n'y aurait pas pluralité de naissances des créances. Une seule créance naîtrait pour le tout dès la formation du contrat, les termes successifs ne représentant que des échéances, des dates d'exigibilité. C'est ce qui résulte du passage suivant, d'après lequel en l'espèce il n'y avait pas de contrat à exécution successive, il n'y avait pas « *une créance unique née d'un contrat unique à exécution successive* ». Si tel avait été le cas, la solution aurait été différente, la saisie antérieure aurait atteint pour le tout la créance née antérieurement, car, malgré les échéances successives postérieures, la créance ne se serait plus trouvée dans le patrimoine de l'ambulancier, mais dans celui de l'URSSAF, dès avant l'ouverture de la procédure collective de l'ambulancier.

Mais d'un autre côté, la naissance des créances à la date d'exécution du contrat revient rapidement puisque la Cour expose qu'en l'espèce les créances successives distinctes étaient « *nées des transports effectués* ». On voit que l'idée de naissance d'une créance par l'exécution de la prestation semble naturelle, si naturelle qu'elle revient dans la lettre de l'arrêt alors même qu'elle est rejetée explicitement pour les contrats pour lesquels elle semblerait le plus s'imposer, les contrats à exécution successive¹.

633. Un dernier exemple peut être donné par un arrêt du 13 octobre 2005² où la Cour appliquait un texte qui sous-entendait une naissance de la créance de salaire à la date d'exécution du travail, alors qu'il découlait de ses explications que la même créance de salaire naissait du contrat de travail, et non pas de son exécution. Le texte évoquait en effet « *une créance née de l'exécution d'un contrat de travail* ». Mais la Cour explique pourtant que, « *si le contrat de travail peut être... le critère de la naissance d'autres obligations (que la créance de salaire) pour les parties, ces obligations*

¹ Bien évidemment, dans le cas des ambulanciers, la passation du contrat s'identifie avec son exécution, il ne s'écoule qu'un laps de temps restreint entre l'appel de l'ambulance et l'exécution du trajet. À cette contraction du temps entre les stades de formation et d'exécution du contrat s'ajoute ici une particularité du débiteur, l'assurance maladie. Celle-ci est astreinte à la règle du service fait que l'on retrouve en matière de marchés publics. Elle ne paiera pas la prestation avant que l'exécution de celle-ci n'ait été constatée, de telle sorte que l'impossibilité d'une exigibilité avant naissance de la créance renforce l'impression de son inexistence avant l'exécution de la prestation. Mais tout cela n'enlève rien à la formulation choisie ici par la Cour de cassation et qui relève d'après nous de l'inconscient collectif selon lequel c'est l'exécution d'une prestation qui fait resurgir l'idée d'une créance due, d'une rémunération due, avant même de penser au contrat qui l'a précédée.

² Civ. 2, 13 oct. 2005, n°04-12551, inédit : Il s'agissait de l'article 11-2 du décret du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers qui dispense le salarié du paiement de certains frais d'huissier (du droit proportionnel) lorsqu'il recourt à ce dernier pour le recouvrement de ses salaires.

d'origine légale ou conventionnelle... ne concernent pas l'exécution proprement dite des obligations nées du contrat de travail entre les parties elles-mêmes ». La date de naissance de la créance n'était pas l'enjeu du problème de droit. On voit encore une fois que la dualité des naissances et des concepts se manifeste dès que l'attention sur la date de naissance précise de la créance se relâche.

§ 2 : Dans la doctrine

634. Deux exemples seront développés ici pour illustrer ce phénomène de dédoublement sous-jacent du concept de créance dans la doctrine. D'abord, du temps de la personnalité morale de la masse, conservant le principe de naissance de la créance au jour du contrat, la doctrine faisait simultanément usage d'une créance concurrente née de l'exécution de la prestation au profit de la masse (A). Ensuite, les auteurs utilisent en droit des régimes matrimoniaux le concept de « créance » pour décrire les rapports entre ces trois masses de biens, la communauté légale et les deux masses de biens propres, alors pourtant que celles-ci ne sont pas dotées de la personnalité morale et ne peuvent pas dès lors être créancières ou débitrices les unes par rapport aux autres (B).

A. L'interprétation de solutions jurisprudentielles du temps de la personnalité morale de la masse

635. La personnalité morale de la masse des créanciers n'existe plus depuis 1985 et les solutions, de même que leurs interprétations, ne sont plus d'actualité. Mais la dualité patente du concept de créance qui en découle a conservé malgré tout conservé sa valeur sur le plan théorique. La preuve en est que nous avons commencé l'illustration des manifestations simultanées de deux acceptions de la créance en le droit des entreprises en difficulté telles qu'issues de la réforme de 2005 dans les articles L. 622-24 et R. 622-22 du Code de commerce relatifs à la déclaration des créances.

636. Avant 1985, nombre de solutions étaient expliquées par la doctrine par le concept de personnalité morale de la masse. Est en cause l'hypothèse où le contrat de vente est souscrit par le fournisseur in bonis, mais où il est exécuté après l'ouverture de la procédure collective par la masse des créanciers dotée de la personnalité morale. Alors la présence de deux acceptions de la créance est patente dans les explications doctrinales. Prenons l'exemple des explications de Jacques Mestre lors de son commentaire d'un arrêt de la chambre commerciale du 16 juillet 1979¹. Dans cette affaire, le factor avait payé à son client des créances de prix de vente de marchandises détenues par ce dernier sur ses clients pour des marchandises certes commandées, mais non encore livrées. L'ouverture d'une procédure collective s'était intercalée entre le paiement subrogatoire et la livraison des marchandises. Pour la Cour, le paiement subrogatoire n'a pu valablement s'opérer, car la créance n'était pas encore née, elle ne le fut que plus tard, au jour de la livraison. Dès lors le factor n'a aucun droit sur les créances de prix. Commentant l'arrêt, Jacques Mestre approuve la solution, non

¹ D. 1981, 226, obs. sous com. 16 juill. 1979.

son motif. L'auteur distingue entre validité de la subrogation au jour du paiement et efficacité de la subrogation à la date de l'ouverture de la procédure collective.

D'un côté, pour Jacques Mestre, la subrogation s'est valablement opérée, car la créance de prix, contrairement aux motifs de l'arrêt, était née au jour du contrat de vente, avant l'ouverture de la procédure collective¹.

Mais d'un autre côté l'efficacité de la subrogation se trouve paralysée, car c'est la masse et non plus le débiteur *in bonis* qui se trouve avoir exécuté le contrat. La livraison, plus exactement le transfert de propriété impliqué par l'individualisation inhérente à la livraison, a fait naître une créance au profit de la masse. En effet, explique l'auteur, l'ouverture de la procédure collective opère une saisie de tous les biens du débiteur au profit de la personnalité morale de la masse. Il s'ensuit que la livraison a transféré la propriété d'un bien. Ce transfert s'est opéré de la masse des créanciers vers le client et non pas du fournisseur en procédure collective vers le client. En effet, l'ouverture de la procédure collective avait placé la masse des créanciers à la tête de ses biens. Pour cette raison, la livraison a fait naître une créance au profit de la masse des créanciers et non pas du fournisseur en procédure collective.

637. Mais quelle est cette créance qui naît de l'exécution du contrat et non plus de sa formation ? Nous le voyons ici clairement, il existe deux créances qui naissent à des dates différentes et qui procèdent de logiques différentes.

D'un côté, la créance de prix qui naît de l'accord de volonté du contrat ayant justement pour fonction d'anticiper sur le futur, d'opérer une appréhension du présent sur le futur par l'intermédiaire des obligations qu'il fait naître, à savoir la créance de livraison des marchandises, l'obligation d'obtenir la propriété des marchandises par leur livraison, la créance de prix, l'obligation d'en payer le prix.

D'un autre côté, une créance de contre-valeur née du fait matériel de la livraison opérée par une personne différente, la masse des créanciers. Elle procède quant à elle d'une logique rétrospective et non plus prospective. Le bien est sorti du patrimoine de la masse dotée à l'époque d'une personnalité juridique distincte et par conséquent d'un patrimoine distinct, malgré tout emprunté au débiteur. Cette sortie de valeur antérieure doit être compensée par une créance en sens inverse, une créance de prix au profit de la masse ainsi appauvrie. On le voit ici, cette seconde créance procède d'une logique d'équilibre économique, une économie commutative. On y reconnaît clairement la logique d'équité commutative qui sous-tend la théorie de l'enrichissement sans cause.

Il ne sera bien entendu pourtant pas question de payer le prix deux fois, car il n'y a en réalité pas deux créances distinctes, mais une même créance dédoublée.

638. Quoi qu'il en soit, tout se passe en apparence comme si deux créances de prix étaient nées à deux dates différentes et reconnues par Jacques Mestre en tant que telles.² Une première créance de

¹ Ibid n°9 : « Reste alors à préciser le moment où naît la créance de l'adhérent. Le doute n'est pas permis : la créance naît de la conclusion même du contrat. L'exécution ultérieure de la commande par la livraison des marchandises lui confère l'exigibilité ».

² Ibid n°13 : « la justification de la solution (...) réside dans la personnalité juridique de la masse. Celle-ci a une personnalité juridique distincte de celle du débiteur et, en conséquence, la créance qu'elle a acquise à la suite de l'exécution du marché est distincte de celle dans laquelle le débiteur avait subrogé le factor. C'est une créance de la masse, et non plus celle de

prix serait née du jour du contrat au profit du fournisseur alors *in bonis* et qui sera plus tard mis en redressement judiciaire. Une seconde créance de prix serait née au jour de la livraison au profit de la masse des créanciers, la deuxième étant plus dense que la première, car née du fait, et l'emportant sur sa prédécesseuse, née du droit¹.

Commentant le même arrêt, Messieurs Cabrillac et Rives-Langes opèrent bien eux aussi une dissociation entre deux créances de prix, les créances « acquises » de la masse des créanciers « *à la suite de l'exécution des contrats* » qui « *sont différentes de celles dans lesquelles le débiteur (en l'espèce le fournisseur en redressement judiciaire) a subrogé le factor* »². Encore une fois, deux créances de prix sont reconnues par les auteurs, la créance classique que nous connaissons, née du contrat, et une autre créance, dont on constate l'utilisation envisageable du qualificatif « **acquise** » née quant à elle de l'exécution du contrat, plus précisément de la prestation caractéristique, en l'espèce la livraison des marchandises opérant leur transfert de propriété du fait de leur individualisation simultanée.

Dans une note d'arrêt récente, Monsieur Guy-Auguste rappelle clairement cette dualité des créances du temps de la personnalité morale de la masse : « *il était soutenu que la masse ayant une personnalité différente de celle du débiteur défaillant, la créance acquise par elle du fait de la poursuite du contrat était nécessairement différente de celle que le débiteur avait pu céder* »³, le débiteur en redressement judiciaire, mais vendeur subrogeant de sa créance de prix de vente.

B. L'utilisation du terme « créance » en l'absence de véritable créance

639. En droit des régimes matrimoniaux, spécialement en matière de communauté légale, les récompenses assurent le maintien de l'équilibre économique entre les trois masses de biens en présence, les deux masses propres et la masse commune. À cette occasion, les récompenses sont présentées comme des « créances », les masses propres pouvant être « créancières » de la communauté, ou l'inverse. Ainsi, Philippe Malaurie et Laurent Aynès énoncent que « *les récompenses sont des créances de somme d'argent* »⁴. D'ailleurs, Michel Grimaldi les dénomme « *créances de récompenses* »⁵. André Colomer précise quant à lui que les « *mouvements de valeur d'une masse à une autre... sont générateurs de créances pour celle qui s'est appauvrie : les récompenses* »⁶. Mais l'auteur précise toutefois que « **les récompenses ne sont pas des créances ordinaires** ».

l'adhérent ». Si la créance de la masse est distincte de celle du débiteur, c'est bien que deux créances de prix sont issues de cette même opération juridique. C'est pourtant toujours la même créance, le prix convenu. Il y a donc deux acceptions du même concept, la créance de prix. C'est la seule explication, un même terme, la créance, cache deux concepts, ce qui explique qu'ils puissent avoir des dates de naissance différentes.

¹ Car le factor ne l'emportait pas sur la masse, c'est la créance née au jour de la livraison qui devait être payée à la masse et non pas la créance née au jour du contrat de vente qui aurait dû être payée au factor subrogé.

² Obs. sous com. 16 juill. 1979, *RTD com.* 1980, 129, n°15.

³ G.-A. LIKILLIMBA, *RJDA* juill. 2001, p. 663, note sous com. 26 avr. 2000 n°97-10415.

⁴ MALAURIE et AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, n°629, voir également n°606.

⁵ M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, n°144.15.

⁶ A. COLMER, *Régimes matrimoniaux*, Litec, n°927.

Il ne peut pourtant pas y avoir de créance entre une masse propre et la communauté légale, car, pour qu'il y ait créance, encore faut-il qu'il y ait des personnes pour être débiteur et créancier desdites créances, au sens juridique du terme, c'est à dire des personnes juridiques, dotées de la personnalité morale par le système juridique. Tel n'est pas le cas des trois masses dont il est question en régimes matrimoniaux. La communauté légale n'est pas dotée de la personnalité juridique. Dès lors elle ne pourrait être créancière, pas plus que les masses propres ne pourraient être débitrices. Pour ces raisons principales, les récompenses ne sont pas des créances. Au surplus, quelles pourraient être ces créances imprescriptibles¹, indisponibles et insaisissables² ?

640. La doctrine n'est en plus pas la seule à faire emploi de l'expression « créance » pour ce type d'hypothèses. La jurisprudence en fait également usage comme dans le célèbre arrêt Authier où il est question de « *masse créancière* »³.

Le phénomène se retrouve également dans les textes en matière d'indivision démunie elle aussi de personnalité juridique. Ainsi, l'article 815-17 du Code civil vise les « créanciers de l'indivision »⁴, alors que celle-ci, qui n'est qu'une propriété collective, se trouve démunie de la personnalité juridique, et ne saurait pour cette raison en aucun cas être débitrice. Il existe certes une controverse doctrinale sur une éventuelle personnification de l'indivision⁵. L'avant-projet de réforme du droit des biens de l'association Capitant comme tranche cette controverse. Son article 569 qui définit l'indivision dispose dans son alinéa 2 que « *l'indivision n'a pas la personnalité morale* ».

641. D'un côté, il est impossible qu'il y ait créance. D'un autre côté, tous utilisent l'expression « créance » pour désigner les rapports entre des masses démunies de la personnalité juridique. Il n'est qu'une seule explication à ce dilemme. **Si créance il y a, ce doit être une créance d'un autre type, d'un autre genre** que celle que nous avons l'habitude de connaître, que l'obligation, droit subjectif personnel. Les récompenses ayant pour fonction de « *rééquilibrer en valeur ces... masses* »⁶, il est d'ores et déjà possible de **pressentir que cette créance d'un autre type repose sur l'idée de valeur**. Au final, si la créance constitue une valeur, un bien susceptible d'opérations mercantiles, d'une valeur peut parfois s'induire l'idée de créance, dans un sens plus économique que juridique, mais qui n'en est pas moins appréhendé par le droit, qui n'en fait pas moins partie de notre système juridique français et qu'il est temps de mettre en exergue pour l'étudier et en systématiser la nature et l'utilisation.

¹ Incorporées aux comptes de partage, les récompenses ne deviennent « exigibles » qu'au jour du partage, mais sont recouvrées par prélèvement ou rapport en moins prenant.

² Civ. 1, 18 déc. 1990, n°88-20148, P.

³ GA n°96 concernant l'arrêt Authier, supra n°876

⁴ Art. 1873-15 du Code civil : « *L'article 815-17 est applicable aux créanciers de l'indivision, ainsi qu'aux créanciers personnels des indivisaires* ».

⁵ N. LEBLOND, « Réflexions sur la personnification de l'indivision », *Lamyline*, spéc. n°11 s. L'auteur se montre hostile à un courant doctrinal qui envisagerait de personnifier l'indivision, de lui reconnaître la personnalité morale. Il démontre que l'indivision n'est pas une personne, qu'elle n'est pas un patrimoine.

⁶ B. VAREILLE, « Communauté légale, liquidation partage », *Rép. Dalloz civil*, 2011, n°105.

Conclusion de section, une seconde vision de la créance de prix constitutive de la créance économique :

642. À première vue, l'utilisation des dates de naissance de la créance divergentes était d'application alternative. Elles variaient selon les règles de droit appliquées. Par exemple, il a été vu que d'un côté la créance de loyer naissait pour le tout au jour du contrat en matière de saisie de créance, ce qui explique que la saisie n'ait pas à être renouvelée à chaque terme de créance et que l'ouverture d'une procédure collective soit indifférente sur les paiements acquis au créancier saisissant des termes postérieurs. Mais il a été vu que d'un autre côté la créance de loyer naissait successivement, plus précisément de façon continue, au fur et à mesure de la jouissance des locaux, lorsqu'il s'agit de déterminer les créances bénéficiant du privilège de procédure, les loyers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective en bénéficiant à l'inverse des loyers antérieurs.

Armé de la conscience qu'il y a peut être une seconde acception de la créance, une observation nouvelle du droit positif et de la doctrine permet de déceler l'application simultanée et non plus alternative des deux dates de naissance de la créance, en un même endroit, pour une même règle de droit, dans un même arrêt ou encore dans une même explication doctrinale. Une date est affichée, l'autre peut malgré tout être décelée de façon sous-jacente.

Cela montre bien l'existence d'une seconde acception de la créance qui semble persister de façon concomitante par son caractère naturel, une naissance du prix au fur et à mesure de l'exécution de la prestation.

Conclusion de chapitre, constatation empirique d'une présence de la créance économique :

643. L'utilisation simultanée des deux dates de naissance de la créance montre la nécessité du **changement de paradigme**. Les deux dates de naissance ne doivent plus s'opposer, mais s'articuler en droit, car elles représentent des réalités différentes. Le fait que la naissance au jour du contrat soit affichée, tandis que la naissance au fur et à mesure de l'exécution revient de façon sous-jacente lorsqu'elles se manifestent de façon simultanée montre que la première relève davantage du construit, tandis que la seconde relève plutôt de la nature des choses. Parce qu'elle est naturelle, la naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation revient de façon sous-jacente dans les esprits, même lorsque la date de naissance au jour du contrat est affichée. L'existence d'une vision économique du contrat corrélative de cette deuxième acception de la créance explique sans doute son caractère naturel. Cela justifie par ailleurs la terminologie que nous avons adoptée pour nommer cette seconde acception de la créance de prix, une « créance économique ». Ayant pris conscience de son existence ancienne et naturelle, il convient à présent de s'orienter vers l'émergence et la **systématisation de ce concept de créance économique**. Ce n'est qu'ainsi qu'il cessera de perturber la cohérence du système de droit privé en matière de date de naissance de la créance, que cette cohérence recherchée pourra être restaurée.

Chapitre 2 : Conceptualisation de la créance économique

644. L'existence de la notion de créance économique ayant été mise en évidence, il convient maintenant de l'explorer tout en la systématisant. Ce n'est qu'ainsi qu'elle passera d'une notion donnée à un concept construit s'insérant harmonieusement dans le système de droit privé.

Deux approches peuvent être envisagées pour mieux cerner ce concept de créance économique. Par une approche intrinsèque, il est possible de se livrer à son exploration directe et interne afin de définir la créance économique et de saisir sa nature, ses caractères et ses composantes (section 1). Et par une approche extrinsèque, il est possible de comparer fructueusement la créance économique avec des notions voisines pour à la fois mieux la comprendre et ne pas la confondre (section 2).

Section 1 : Essence de la créance économique

645. Par hypothèse, la créance économique naît au jour de l'exécution de la prestation. Dès lors, la recherche de son essence peut être envisagée en s'interrogeant sur ce que représente en droit cette exécution de la prestation caractéristique prévue au contrat synallagmatique à titre onéreux.

Cette date de l'exécution de la prestation est utilisée en fiscalité, en matière de TVA (Taxe sur la Valeur ajoutée). Cette coïncidence tend à montrer que l'exécution de la prestation représente la production matérielle de valeur économique, ce pour quoi elle est appréhendée par la fiscalité comme assiette, comme fait générateur de la TVA. L'examen d'autres domaines, en fiscalité, en comptabilité, mais également en droit civil des biens, montre que l'exécution de la prestation donne également corps aux notions de charge et de produit. Rien d'étonnant quand on s'aperçoit que le droit comptable définit notre acception de la créance, qui se cache derrière l'exécution de la prestation, comme une valeur positive ou négative.

Confortant cette analyse Méлина Douchy¹ remarque dans sa thèse sur les quasi-contrats que « *le ciment de l'unité économique réside dans la matérialité de la relation* », que « *l'idée maîtresse demeure dans le caractère définitif du transfert de valeur* » et que « *le mouvement économique (...) est constitué par un déplacement de valeur* ». L'auteur observe que la matérialité du fait qui constitue la substance de ce déplacement de valeur réside dans le transfert d'un bien ou l'accomplissement d'un service.

Jean-Michel Poughon² remarquait déjà que, derrière la notion de prestation économique, se profile l'idée de valeur. C'est que toute prestation à titre onéreux est économique. Les économistes sont parvenus à inclure les biens immatériels, les services, dans leur raisonnement à partir du concept de valeur, point commun de tous les biens et services échangeables dont l'étalon se situe dans la valeur et dont l'expression ne peut être que monétaire.

¹ M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997, n°28.

² J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, 1987, p. 149, n°233 et 239, citant JB Say.

Derrière la date d'exécution de la prestation se profile la production de valeur (§1) représentative des produits et des charges (§2). Ces constats permettent d'aborder la définition du concept de créance économique (§3).

§ 1 : L'expression juridique de la valeur

646. Messieurs Lamarque, Négrin et Ayrault¹ définissent la TVA comme un impôt général sur la consommation, exactement proportionnel au prix des biens et des services, perçu à chaque stade du processus de production et de distribution. Cet impôt est touché uniquement la **valeur** ajoutée des biens et des services générée à chacun de ces stades. Cela se fait grâce au mécanisme de déduction de la taxe acquittée en amont par l'opérateur, et qui est répercutée sur le consommateur. Comme son nom l'indique, la TVA taxe la valeur produite et naît en conséquence logiquement de la production de cette valeur.

Or il y a correspondance entre la date de naissance de l'acceptation économique de la créance, la naissance matérialiste, et le fait générateur de la TVA. Pourtant, comme nous le verrons, les textes applicables en matière de TVA ne font pas référence à la date de naissance d'une créance, mais directement à l'exécution de la prestation. C'est qu'une notion supplémentaire entre en considération en matière de TVA pour venir en limiter l'application, la notion d'assujetti, si bien que les domaines respectifs ne correspondent pas tout à fait. Malgré tout, les solutions et les réflexions mises en œuvre en matière de TVA peuvent être exploitées pour cerner la notion de créance économique dès lors que la notion d'assujetti n'est pas en cause.

647. La **valeur** est généralement définie² comme le caractère mesurable prêté à un objet en fonction de sa capacité à être échangé ou vendu. Économiquement, elle est l'évaluation d'une chose en fonction du besoin qu'elle représente, de son utilité sociale, de la quantité de travail nécessaire à sa production, du rapport de l'offre et de la demande. Elle se définit également comme le prix correspondant à l'estimation faite d'un objet. Deux éléments sont à retenir ici. D'une part, la valeur porte en elle les notions de mesure et de comparaison, de **commensurabilité** des choses dans le commerce. D'autre part, elle présente un lien certain avec le prix qui l'exprime souvent, mais qui ne s'identifie pas nécessairement à elle. C'est que le prix et la valeur ont ce point commun de s'exprimer tous deux en **argent**³.

Quant à la **valeur ajoutée**, elle est l'augmentation de la valeur fondamentale des choses, essentiellement par le travail humain, mais également par la survenance d'incidences conjoncturelles diverses telles la rareté ou la mode⁴. La valeur ajoutée reste de la valeur, c'est ce qu'il convient de retenir ici.

¹ J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 2^e éd. 2011, n°201.

² Lexilogos.com, entrée « valeur ».

³ Vocabulaire juridique G. CORNU, Assoc. CAPITANT, entrée « valeur ».

⁴ P. FOULQUIE, Dictionnaire de la langue philosophique, sous-entrée « valeur ajoutée », entrée « Valeur ».

Partant du constat de cette correspondance entre le fait générateur de la TVA et l'acception nouvelle de la créance (A), il faut s'interroger ensuite sur l'ampleur de l'analogie possible entre l'acception économique de la créance et le mécanisme de la TVA afin de déterminer dans quelle mesure la seconde peut éclairer la première (B).

A. La naissance matérialiste comme assiette de la TVA

648. Il y a lieu au préalable de ne pas confondre le fait générateur et l'exigibilité de la taxe. La confusion peut très vite survenir dans la mesure où en pratique l'exigibilité revêt plus d'utilité¹ que le fait générateur. Elle détermine en effet à quel moment il faut déclarer et payer la taxe, ce qui constitue la préoccupation première des praticiens. Le fait générateur n'en demeure pas moins fondamental puisqu'il détermine la date de naissance de la taxe et par conséquent, d'une part son assiette définitive, d'autre part la réglementation qui lui est applicable, notamment le taux.

La fiscalité présente l'avantage de définir les concepts qu'elle utilise. Ces concepts se retrouvent parfois en droit commun sans que celui-ci ne les définisse pour autant. Pour cette raison, la fiscalité peut devenir source d'inspiration. En la matière, l'article 62 de la directive 2006/112/CE définit le **fait générateur** comme « *le fait par lequel sont réalisées les conditions légales nécessaires pour l'exigibilité de la taxe* », tandis que cette dernière se définit comme « *le droit que le Trésor peut faire valoir aux termes de la loi, à partir d'un moment donné, auprès du redevable pour le paiement de la taxe, même si le paiement peut en être reporté* » (article 62-2).

Le fait générateur diffère selon qu'il s'agit d'une vente ou d'une prestation de service. Alors qu'en matière de vente il se situe au jour de la livraison du bien, c'est le jour du paiement qui sera utilisé pour déterminer la date d'exigibilité d'une prestation de service, sauf option pour les débits, auquel cas l'exigibilité se fera en pratique à la date de facturation². Importante en pratique, la date d'exigibilité n'intéresse pas ici. C'est la date du fait générateur qui nous importe. Mais prendre conscience de l'importance pratique de la distinction entre fait générateur et exigibilité permet de ne pas confondre les deux et ainsi de ne pas confondre la date de survenance de la créance économique avec la date prévue pour l'exigibilité.

649. Condensé, l'article 269 du CGI dispose que « *le fait générateur de la taxe se produit ... au moment où la livraison ... du bien ou la prestation de service est effectuée* ». La créance de TVA naît donc au jour de l'exécution de la prestation au sens large, jour de la livraison du bien ou de l'exécution de la prestation de service dans la vente. Elle naît conformément à la thèse matérialiste de la date de naissance des créances, au même moment que la créance économique.

Concernant la vente, la jurisprudence³ renvoie au Code civil, à la délivrance définie par l'article 1604 du Code civil. Il n'y a toutefois pas identité avec le transfert de propriété. Y a-t-il véritablement

¹ J. LAMARQUE, O. NEGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 2^e éd. 2011, n°1043. Au demeurant, le droit fiscal distingue aussi la date d'exigibilité de la date de recouvrement encore postérieure à cette dernière lorsque l'impôt est collecté par voie de rôle, ce qui n'est pas le cas de la TVA.

² F. LEFEBVRE, *Fiscal* 2013 n°52500 s.

³ CE 31 mars 1978, n°1683, *Dr. fisc.* 1978. 1974, *RJF* 1978, p. 150, concl. M. LAPRADE.

autonomie du droit fiscal sur la notion de livraison¹ quand on sait que le droit des entreprises en difficulté se réfère à cette même date de livraison pour l'application du privilège de procédure, sans exclure cependant explicitement une correspondance avec le transfert de propriété ? Il sera vu que la créance économique naît au jour de la livraison matérielle du bien, que ce soit pour les meubles ou pour les immeubles, mais que cette livraison correspond en pratique le plus souvent au transfert de propriété pour les immeubles.

B. L'assiette de la TVA source d'inspiration

650. Au-delà de l'existence d'une personnalité juridique, la qualité des intervenants est indifférente dans le rapport d'obligation. Cette indifférente subjectivité est encore plus forte pour la créance économique qui ne nécessite pas de personnalité juridique pour ses protagonistes et peut exister entre des entités économiques distinctes démunies de personnalité juridique. Cela n'est possible que parce qu'elle n'est pas un véritable droit subjectif personnel. De créance, elle n'en a que l'idée.

Tel n'est pas le cas en matière de TVA où la qualité de l'intervenant entre en ligne de compte pour déterminer si l'opération juridique est soumise ou non à l'impôt. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas identité parfaite entre notre acception de la créance et le fait générateur de la TVA. Au surplus, de nombreuses activités, bien qu'effectuées par des assujettis, font l'objet de dispositions spéciales exonératoires, telles l'activité d'enseignement ou les locations à usage d'habitation.

Malgré tout, à chaque fois qu'il y a fait générateur de TVA, il y a acception économique de la créance. La réciproque n'est cependant pas vraie, ce n'est pas parce qu'il y a acception économique de la créance qu'il y a fait générateur de TVA. Il s'ensuit que le droit positif en matière de TVA peut être utilisé pour cerner la créance économique dès lors que n'est pas en cause l'élément subjectif pouvant exclure l'imposition, la qualité d'assujetti de l'acteur économique.

L'article 256 du CGI dispose que sont soumises à la TVA les « *livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel* »². Si les conditions tenant à l'opération, les « *livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux* » constituent le point de contact avec la créance économique permettant des analogies, les conditions tenant à la qualité de l'agent économique effectuant la prestation sont quant à elles étrangères à l'idée de créance économique. Celle-ci est en effet purement objective et ne présente aucun lien avec les qualités du créancier.

Ainsi, à l'identité objective des concepts qui justifie l'analogie (1) doit être opposée la limite subjective en matière de TVA qui cantonne l'analogie (2). Ne seront pas abordées les limites résidant dans l'exonération de certaines activités car celles-ci ne présentent aucun intérêt ici.

¹ En ce sens, Messieurs LAMARQUE, NEGRIN et AYRAULT, préc. n°1107. La notion doit être entendue dans un sens de propriété économique et non pas juridique. La CJCE définit la livraison comme « *le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire, même s'il n'y a pas transfert de la propriété juridique du bien* ». Mais la livraison du Code civil n'est pas le transfert de propriété, la livraison est objet d'obligation personnelle, tandis que le transfert de propriété est un effet réel automatique du contrat de vente, les deux n'ont même pas la même nature en droit civil commun.

² Reprise fidèle de l'article 2 de la Directive CE 2006/112 du 28 nov. 2006.

1/ Correspondance quant au critère positif objectif

651. Ce n'est pas un hasard si la « créance économique » se superpose en matière de TVA avec ce que Messieurs Fradin et Geffroy¹ regroupent sous le vocable de « critère économique ». Conformément à l'article 256 A du CGI, il faut qu'il y ait activité économique. Or, la qualité économique de l'opération repose à la fois sur l'existence d'un caractère onéreux, impliquant l'existence d'une contrepartie, et sur l'existence d'un lien direct entre les prestations réciproques. Nous retrouvons ici, dans le domaine de la fiscalité, des éléments qui pourraient servir à définir le contrat synallagmatique parfait.

652. L'arrêt Apple and Pear Development Council de la CJCE du 8 mars 1988² établit l'exigence d'un lien direct entre les prestations réciproques. La Cour énonce que « *la notion de prestation de service effectuée à titre onéreux... suppose l'existence d'un lien direct entre le service rendu et la contre-valeur reçue* ». Dans cette affaire, les producteurs de pommes et de poires versaient des cotisations à un prestataire afin de bénéficier d'une publicité qui leur bénéficiait collectivement. La Cour considère que les cotisations ne doivent pas être soumises à TVA, car, « *si les producteurs individuels de pommes et de poires bénéficient d'avantages, ils les tirent indirectement de ceux qui reviennent de façon générale à l'ensemble du secteur* », (...) les cotisations « *n'ouvrent pas droit à des prestations de services individualisées et sont sans relation nécessaire avec les avantages immédiats que chaque assujetti peut retirer des actions du comité* ».

L'opération assujettie doit donc résider dans un rapport à titre onéreux présentant la caractéristique d'un lien direct entre les prestations réciproques. Ce lien direct implique deux éléments. D'une part, la prestation doit être individualisée, son bénéficiaire et l'avantage qu'elle peut en tirer doivent être clairement définis. D'autre part, il doit exister un rapport d'équivalence au moins approchée entre la valeur des services et de la rémunération versée en échange. Cela n'implique pas qu'il y ait équivalence économique des deux prestations³. Il faut que, dans l'esprit des parties, il y ait un rapport de proportion entre l'avantage fourni sous forme de prestation et sa contre-valeur, son prix.

653. L'analogie avec la créance économique peut être fructueuse, car elle permet de mieux comprendre le concept et de mieux l'appliquer. Deux exemples d'analogie productive peuvent être donnés.

En premier lieu, il n'y a pas de limitation à la source des contrats synallagmatiques parfaits. Il s'ensuit que la TVA pourrait s'appliquer en dehors de cette source. Nous pourrions dire que le domaine concerne les « **rapports synallagmatiques parfaits** »⁴. Il en ira de même de la créance

¹ J.-P. FRADIN et J.-B. GEFFROY, *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, Puf, 2004.

² CJCE 8 mars 1988, aff. 102/86, Dr. fisc. 1989, n°15, comm. 813. Voir également CE 10 juillet 1991, 61-575 CCI de Perpignan où la Chambre de commerce, qui recevait des subventions, s'était engagée à promouvoir la région, absence de lien direct, les subventions ne pouvaient dès lors être soumises à TVA. CE Sect. 6 juill. 1990 n°88224, Codiac, GA n°39, les contributions versées à un comité pour des opérations visant à favoriser le développement économique de la région ne sont pas assujetties car il n'y a ni destinataire précis, prestations de services individualisées, ni rapport direct, les contributions étant sans relation nécessaire avec les avantages immédiats reçus par les collectivités.

³ Messieurs LAMARQUE, NEGRIN et AYRAULT, op. cit., n°1113.

⁴ Le rapport est parfait justement en raison du rapport d'équivalence entre les prestations systématisé par la CJCE. Par opposition, les contrats synallagmatiques imparfaits sont ceux qui comportent bien des obligations réciproques, mais qui ne sont pas vues

économique. Bien entendu, celle-ci surgira essentiellement à propos de contrats synallagmatiques parfaits. Cela n'exclut pas qu'elle puisse apparaître en dehors. Par exemple, si le loyer constitue le prix de la jouissance octroyée, l'indemnité d'occupation constitue le prix de la jouissance extirpée. Il s'ensuivra que l'indemnité économique pourra comporter une acception économique naissant au fur et à mesure de l'occupation des locaux, alors même qu'elle ne prend plus sa source dans un contrat. En second lieu, nous verrons que la notion de revenus recoupe la notion de créance économique. Mais les revenus que constituent les dividendes n'ont aucune contreprestation fournie par les associés. Ils sont simplement la résultante de leur statut d'associé. C'est la raison pour laquelle la date de naissance d'une acception économique de la créance de dividende ne saurait être envisagée. Le bénéfice qui s'accumule et qui constitue les dividendes ne résulte pas d'une activité des associés, mais de la société elle-même. Une naissance économique des dividendes au fur et à mesure de la croissance du bénéfice distribuable n'est donc pas envisageable dans le cadre de la créance économique. Tel n'est pas le cas des fruits que constituent les loyers par exemple. Les loyers versés au bailleur rémunèrent la jouissance des locaux. Celle-ci est bien octroyée par le bailleur bénéficiaire des loyers, il y a bien « rapport synallagmatique parfait ».

2/ Absence de correspondance quant au critère subjectif

654. Un critère subjectif reposant sur la qualité du prestataire permet l'exclusion du champ d'application de la TVA. Un tel critère est parfaitement étranger au concept de créance économique. Néanmoins, aborder ce critère de façon succincte permet de comprendre pourquoi il n'y a pas identité parfaite entre fait générateur de la TVA et de la créance économique. Cela explique également pourquoi ce n'est pas le critère de date de naissance de la naissance de la créance (économique) qui est utilisé par les textes en matière de TVA, mais directement la prestation caractéristique. Mais la conscience des intervenants des droits fiscal et comptable qu'il n'est pas ici fait usage de la véritable acception de la créance peut aussi expliquer que les textes ne se réfèrent pas directement au critère de date de naissance de la créance, mais à sa date de rattachement pour la détermination des BIC (Bénéfices Industriels et Commerciaux) imposables à l'IR (impôt sur le revenu) ou à l'IS (impôt sur les sociétés).

655. Pour que l'opération soit imposable, elle doit être réalisée par un « assujetti agissant en tant que tel ». Il y a ici deux composantes.

Il doit s'agir d'un « assujetti ». D'après la Directive TVA, est assujetti quiconque accomplit des activités **économiques** de producteur, de commerçant ou de prestataire de service ou se livre à des opérations comportant l'exploitation d'un bien corporel ou incorporel en vue d'en retirer des recettes ayant un caractère de permanence. Sans égard pour le statut de la personne¹, il faut qu'elle effectue les opérations en toute indépendance. Ceci explique que les salaires ne soient pas assujettis à la TVA, du fait du lien de subordination qui caractérise la relation du salarié avec son employeur. Les salaires

comme l'équivalence l'une de l'autre ; les obligations sont bien en sens inverse, mais elles ne sont pas en interdépendance voulue par les parties.

¹ J.-P. FRADIN et J.-B. GEFFROY, op. cit., n°394, il peut s'agir indifféremment d'une association, d'une société civile, (...). La situation de la personne au regard des autres impôts est également indifférente.

donnent cependant lieu à une autre acception de la créance. Tandis que le droit au salaire, la créance juridique de salaire, naît au jour du contrat de travail, la créance économique de salaire naît au fur et à mesure du travail effectué ou de la mise à disposition de la force de travail.

L'assujetti doit avoir agi « en tant que tel ». Cela signifie que la personne doit avoir agi dans le cadre de son activité économique et non pas en tant que particulier¹. Il en découle que la société commerciale n'est pas soumise à TVA à l'occasion d'une opération de placement à titre privé, telle la revente de lingots d'or acquis 18 ans auparavant, non comme objet de négoce, mais à titre de simple placement².

656. À titre liminaire quant à la valeur, celle-ci a le vent en poupe. En matière de partage, alors que le principe du partage en nature demeurerait depuis le Code civil, la réforme du droit des successions de 2006 lui a substitué le principe d'un partage en valeur impliquant une liquidation préalable. La tendance se ressent aussi dans la pratique. Par exemple, en droit de la responsabilité, si le principe demeure la réparation en nature à cause du caractère hautement subjectif du préjudice, force est de constater qu'en pratique la réparation en valeur sous forme d'une indemnité monétaire s'avère la plus fréquente si bien qu'elle vient parfois remplacer le principe dans l'inconscient juridique collectif. Nous sommes dans cette mouvance puisque nous faisons émerger en droit un concept incarnant la valeur et ayant représentativité, utilité et fonctionnalité juridique.

Rémy Libchaber observe que la **valeur constitue la « pierre philosophale des économistes »**³ et que la réglementation juridique ne s'y intéresse pas⁴. L'existence de ce deuxième concept de créance représentatif de la valeur comble quelque part une lacune du droit soulevée par l'auteur. Si les juristes ne s'intéressent pas à la valeur, l'existence de ce concept juridique incarnant la valeur montre que la valeur s'impose au droit. Il faut simplement constater le phénomène, l'étudier et le systématiser pour que dorénavant, les juristes ne soient plus considérés comme ignorants de la valeur.

C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de dénommer « créance économique » cette autre acception de la créance. Un choix pour le vocable de « Créance de valeur » aurait créé une confusion avec le concept de « dette de valeur » qui n'a rien de commun avec la créance économique. L'essence de la créance économique ne se limite pas à l'idée de valeur. Elle correspond également aux concepts de charges et de produits dont le droit fait usage.

¹ Ibid. n°395.

² CE 29 déc. 1995, n°118754, Société Sudfer, *RJF* 2/96 n°186.

³ R. LIBCHABER, *Recherche sur la notion de monnaie en droit privé*, th. LGDJ 1992.

⁴ Rémy LIBCHABER, « Biens », *Rép. Dalloz civil*, sept. 2011, n°9. L'appropriabilité permet de jouir des utilités de la chose, la commerciabilité, ou cessibilité, de la faire circuler.

§ 2 : Une valeur incarnant les produits et les charges

657. Il a été observé que le droit comptable utilise la date de naissance matérialiste de la créance, une naissance au fur et à mesure de l'exécution, sans pour autant, et c'est là que le droit comptable s'écarte de la thèse matérialiste, affirmer qu'il s'agit véritablement de la date de naissance de la créance au sens du droit commun. Le droit comptable se réfère alors à la date de rattachement ou à la théorie de la créance acquise. La doctrine comptable nomme donc « créance acquise » l'autre acception de la créance que nous avons baptisé « créance économique » car l'expression « créance acquise » recouvre en dehors du droit comptable une réalité beaucoup trop large et beaucoup trop floue pour incarner le concept que nous faisons émerger¹.

658. La comptabilité fait usage de la date de naissance de la créance économique pour procéder aux enregistrements comptables. Or, elle a pour fonction d'enregistrer et de décrire les flux de valeur². La théorie du droit comptable concorde donc avec l'idée précédente selon laquelle la créance économique incarne la valeur. Surtout, pour ce qui concerne le compte de résultat, la comptabilité enregistre les produits et les charges qui n'en constituent que des articles dont l'agglomérat formera le bénéfice comptable. Or, les concepts de produits, mais surtout de charges, sont appréhendés, utilisés par les autres branches du droit privé. Cependant ils le sont de manière plus diffuse, moins essentielle. D'ailleurs, ils ne font pas l'objet d'une définition ou d'une étude. Utilisés, ils ne sont pas clairement distingués des créances et des dettes. Cela ne semble pourtant pas soulever de problème majeur pour la raison vraisemblable que leur appréhension, bien que non systématisée, semble naturelle. Le droit comptable définit quant à lui **les produits et les charges** aux articles 221-1 et 222-1 du Plan comptable général comme des « *sommes ou valeurs reçues ou versées (...)* », nous en revenons donc à la valeur. Les produits et les charges sont donc l'expression de la valeur économique en droit. En outre, nous aurons l'occasion de voir que le Plan comptable général adopte une définition atypique de l'obligation, une « valeur économique » positive ou négative (articles 212-1 et 212-2 du Plan comptable général). Nous en revenons encore une fois à la valeur, positive pour les charges, négative pour les produits. S'il est possible en droit comptable d'observer le concept de créance économique sous deux angles différents, c'est à cause du mécanisme comptable de la partie double qui implique que les comptes de charges et de produits aient une contrepartie dans un compte de bilan³.

659. Il convient d'écarter une confusion possible. Les produits dont nous parlons s'opposent aux charges, ce ne sont pas les produits par opposition aux fruits en droit de l'usufruit⁴. Au sens où ils sont ici entendus, les produits incorporent les fruits qui constituent la production de valeur générée par un contrat de mise à disposition du bien objet de l'usufruit. Cette notion de produit, purement spécifique au droit de l'usufruit sert à opérer une distribution entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

¹ Cf. infra n°771 et s., spéc. n°781 et s.

² Lexique de comptabilité, Dalloz, 5^e éd. 2002, par P. LASSEGUE et A. BAETCHE, p. 181, entrée « comptabilité à partie double ».

³ Il peut s'agir d'une créance client pour les produits ou d'une dette fournisseur pour les charges.

⁴ DEMOLOBE, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd. 1866, t. X, n°267 et 271.

Dans ce domaine, les produits ne vont pas à l'usufruitier car ils proviennent de la substance de la chose qui appartient au nu-propriétaire. Les produits au sens doctrinal du droit de l'usufruit sont en réalité des non-fruits.

Une recherche dans le Code civil du terme « produits » aboutit à 141 occurrences. Nul doute que le terme est utilisé par le Code dans un autre sens que dans celui du produit par opposition au fruit, d'autant que le Code de commerce ne comporte aucune disposition quant au fruit et comporte quant à lui 228 occurrences des « produits ». Ce sont des produits par opposition aux charges dont il s'agit et non pas par opposition aux fruits. Les fruits sont inclus dans notre acception du terme « produits », ils ne s'y opposent pas.

Par exemple, en droit des régimes matrimoniaux, la jurisprudence complète les textes en expliquant que la communauté, qui jouit des propres, doit en assumer les charges. Nous retrouvons ici, dans une autre branche du droit que celui du droit des biens, du droit de l'usufruit, les concepts de charges et de produits corrélatifs.

Si la créance économique est appréhendée par les droits comptable et fiscal, elle l'est également en droit civil des biens où les fruits naissent exactement de la même façon, conformément à la thèse matérialiste. Les fruits sont analogues aux produits au sens du droit comptable, ils seront d'ailleurs enregistrés comme tels.

La date de naissance de la créance économique, avec elle le concept de créance économique, est donc utilisée pour appréhender les produits et les charges, que ce soit en droits comptable et fiscal (A) ou en dehors, ce qui est encore plus remarquable (B).

A. La naissance matérialiste comme date de rattachement des produits et des charges en droits comptable et fiscal

660. Nous avons déjà dit en première partie comment le droit comptable appréhendait la créance de prix au jour de l'exécution de la prestation. Nous insisterons ici sur le fait qu'il s'agit essentiellement de l'expression des produits et des charges. La date de naissance matérialiste est utilisée à cette fin, tant par le droit comptable (1) que par le droit fiscal (2).

1/ En droit comptable

661. Nous avons déjà soulevé que la comptabilité faisait usage de la thèse matérialiste, d'une datation de la créance de prix au jour de l'exécution de la prestation caractéristique. C'est de la comptabilisation au compte de résultat qu'il s'agit en premier lieu. Or, « *le compte de résultat récapitule les charges et les produits de l'exercice* », comme en dispose l'art. 130-3 du PCG, ce afin de déterminer le bénéfice ou le déficit réalisé au cours de la période.

Il est intéressant de remarquer que le PCG définit les charges comme des « *sommes ou des valeurs versées ou à verser* ». Les sommes déjà versées constituent toujours des charges qui continuent d'exister en tant que tel après leur versement. Cela signifie que les charges survivent à ce qui devrait être leur mort. Cela n'est pas ordinaire pour une créance et mérite d'être soulevé. Payée, la créance juridique de prix n'existe plus. Sa raison d'être réside dans son paiement. Tel n'est pas le cas des charges et des produits qui représentent une autre acception de la créance. De toute évidence, il y a divergence profonde de nature entre les deux créances puisque l'une meurt, l'autre survit à ce qui devrait être sa mort. C'est que la créance au sens classique est plus vivante que son homologue au sens plus économique. À l'image des produits et des charges en droit comptable, la créance économique incarne davantage une information nécessaire pour la mise en œuvre de mécanismes qui peuvent ou non¹ être juridiques. Ce sont cependant les inférences juridiques de la créance économique qui nous intéressent ici. Nous empiétons déjà sur la nature de la notion ainsi que sur sa conceptualisation.

2/ En droit fiscal

662. L'assiette d'imposition du bénéfice vient conforter l'approche comptable en adoptant elle aussi la thèse matérialiste de la date de naissance des créances.

En la matière l'article 38-2 bis du CGI énonce l'assiette imposable des BIC et à laquelle il est renvoyé en matière d'IS : « *Les **produits correspondant à des créances** sur la clientèle ou à des **versements reçus** à l'avance en paiement du prix sont rattachés à l'exercice au cours duquel intervient la livraison des biens pour les ventes ou opérations assimilées et l'achèvement des prestations pour les fournitures de services* », le a) ajoutant que les « *prestations continues rémunérées notamment par des intérêts ou des loyers et pour les prestations discontinues, mais à échéances successives échelonnées sur plusieurs exercice* » sont imposées « *au fur et à mesure de l'exécution* », le b) précisant que les travaux d'entreprise sont imposés au fur et à mesure des réceptions partielles puis à la date de réception finale.

663. Certes, on pourrait observer une légère différence entre l'exécution de la prestation d'où naît la créance économique et l'achèvement de la prestation énoncée à l'article 38-2 bis du CGI. Mais les précisions des a) et b) viennent tempérer cela.

La règle exposée par le a) pour les **prestations continues** correspond à la **règle comptable du « couru »**², un enregistrement à proportion de l'exécution. Cette règle s'applique quand bien même le versement serait anticipé, effectué d'avance. Cela ne pose pas de difficulté pour les loyers versés

¹ Le compte de résultat, et à travers lui la créance économique incarnée dans les produits et les charges, sert à calculer l'impôt sur le résultat. C'est une inférence juridique car l'impôt est un mécanisme juridique car il est prévu et sanctionné par la loi. Mais le compte de résultat sert aussi au banquier pour évaluer la santé financière de l'entreprise afin de déterminer s'il va lui octroyer un prêt. Il sert aussi au financier afin de déterminer le potentiel de l'entreprise pour savoir s'il veut investir dedans. Il sert aussi à l'acheteur potentiel ou à l'associé afin de valoriser les titres en vue de leur acquisition ou de leur cession. Tout cela relève de domaines non juridiques, même s'ils peuvent aboutir à la mise en œuvre de mécanismes juridiques in fine, la vente des titres par exemple.

² P. OUDENOT, *Fiscalité approfondie des sociétés*, Litec 2^{ème} éd. 2001 n°370.

d'avance, mais cela a pu en poser pour une remise à l'escompte où les intérêts représentant la jouissance future des fonds immédiatement versés sont immédiatement prélevés par la banque. Le Conseil d'État considère malgré tout que seuls les intérêts courus de cette remise à l'escompte sont déductibles dans l'hypothèse d'une clôture intervenant avant l'échéance de la créance¹. Cela a également pu poser difficulté en matière de cautionnement où le prix de ce service bancaire doit être étalé sur toute la durée de couverture pour son imposition², car c'est cette couverture qui en constitue la contrepartie économique et non pas l'opération en vue de laquelle le cautionnement est constitué.

Il n'y a pas non plus de différence quant aux **prestations discontinues**. L'exigence d'une réception partielle pour une imposition au fur et à mesure de l'exécution n'est là que pour traduire la nécessité d'outils d'évaluation de l'exécution partielle, dont l'existence est nécessairement impliquée par l'existence d'une réception partielle.

664. Il faut tenir compte à cet égard des règles comptables qui se répercutent sur le bénéfice imposable. Ces règles vont dans le sens d'une absence d'écart entre la naissance matérialiste et l'assiette d'imposition. Cet écart envisagé se trouve déjà comptablement atténué par l'enregistrement en stocks des produits et travaux en cours³. Ceci signifie que toute commande en cours d'exécution voit les charges qui lui sont inhérentes retirées du compte de résultat, afin que soit maintenue la corrélation des produits et des charges.

Surtout, inspiré des IFRS, normes comptables européennes, le PCG recommande une comptabilisation du profit au fur et à mesure de l'avancement des travaux dès lors que des outils prévisionnels permettent de le déterminer précisément et que le profit futur est suffisamment probable. La répercussion du choix de cette méthode se fera au plan fiscal⁴.

Ceci implique que la créance économique soit ventilée par sa naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation pour autant qu'il existe des outils de mesure permettant de déterminer la proportion d'avancement. Cette solution de bon sens et d'ordre pratique s'impose en toute matière. Par exemple, pour l'application du privilège de procédure, berceau de la créance économique, la Cour de cassation décide que les honoraires du commissaire aux comptes pour la certification de ceux-ci doivent être ventilés selon la période antérieure ou postérieure du jugement d'ouverture. Il faut bien que des outils existent afin de déterminer les prestations exécutées avant et après, ainsi que leurs valeurs respectives. La tâche sera parfois délicate et les outils de mesure deviendront plus lourds avec à mesure que la prestation sera complexe comme dans l'hypothèse de la construction d'un immeuble ou d'une usine.

Les droits comptable et fiscal ne sont pas les seuls à utiliser la créance économique pour appréhender les produits et les charges. Le phénomène se retrouve en droit commun.

¹ CE 1^{er} juin 2001, *Dr. fisc.* 2001 n°47 comm. 1647 concl. J. COURTIAL, *RJF* août-sept. 2001 n°1043. Pour une explication plus complète, voir M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, 2006/2007, 30^e éd., n°138.

² CE 8 mars 2002, 199468.

³ L'article 38-2 bis du CGI n'y fait pas obstacle : CE 19 mai 2000 n°207063, *RJF* 2000, 891 ; *DF* 2000, 829, *D.* 2000, IR 177. CA Paris 16 févr. 1999 n°96-1046, *RJF* 1999, 833, *DF* 2000, 74, concl. KIMERLIN.

⁴ Implicitement, M. COZIAN, *Précis de fiscalité*, op. cit., n°59 et 60.

B. La naissance matérialiste désignant les produits et les charges en droit commun

665. La créance économique constitue l'expression en droit des produits et des charges. Nous venons de l'observer pour le droit comptable et le droit fiscal ou les notions de produits et de charges s'avèrent cardinales. Mais ces notions sont également utilisées dans les autres branches du droit. Quelques exemples peuvent être soulevés (1). Davantage d'attention doit être accordée aux fruits civils dont la date de naissance consacrée par la loi correspond bien à la thèse matérialiste de la naissance des créances, à la créance économique (2).

1/ Traces de la créance économique utilisée en tant que produit

666. Deux exemples seront abordés, l'un dans le Code de la propriété intellectuelle (a), l'autre dans le Code de commerce (b).

a) Les produits pécuniaires de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en propriété intellectuelle

667. L'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle traite du sort de la propriété intellectuelle, plus exactement des droits personnels propres et des droits pécuniaires communs de l'époux auteur de l'œuvre. Sur ces derniers, le dernier alinéa précise que « *Les dispositions législatives relatives à la contribution des époux aux charges du ménage sont applicables aux produits pécuniaires (...) provenant de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit ou de la cession totale ou partielle du droit d'exploitation* ». Les revenus générés par l'exploitation d'une œuvre de l'esprit sont qualifiés de produits alors que nous sommes hors des droits comptable et fiscal.

Ces produits constituent des créances économiques. À cet égard, le 2^{ème} alinéa se réfère également expressément au qualificatif adopté par le droit comptable pour désigner cette seconde acception de la créance, la « *créance acquise* », en disposant que ces « *produits pécuniaires* » sont soumis au droit commun des régimes matrimoniaux « *uniquement lorsqu'ils sont acquis pendant le mariage* ».

La créance économique de produits de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit est donc commune lorsqu'elle naît (économiquement) durant la vie commune, tandis qu'elle est propre lorsqu'elle naît (économiquement) avant ou après le mariage.

b) Les loyers « courus » exclus du droit d'opposition sur le prix de vente du fonds de commerce

668. Ce n'est pas tant l'aspect produit que l'aspect créance économique qui intéresse ici. En effet, il s'agit de loyers expressément mentionnés à l'article 38-2 bis a) du CGI de telle sorte qu'il apparaît évident qu'il s'agit là de charges ou de produits côté bailleur. Ce qui importe ici, c'est qu'en dehors des droits comptable et fiscal, en dehors des matières identifiées comme berceau de la créance

économique, il est fait référence par le biais d'une terminologie comptable, à la date de naissance de la créance économique, ceci par disposition expresse de la loi. C'est là une preuve que la créance économique, perçue avec davantage de précision en droits comptable et fiscal, a vocation à s'appliquer dans d'autres domaines et pour d'autres raisons.

L'article L.141-14 du Code de commerce érige un droit d'opposition sur le prix de vente d'un fonds de commerce. Il énonce que l'opposition peut être faite pour tout créancier du cédant, « *que sa créance soit exigible ou non* » et aménage une exception pour le bailleur du local commercial qui « *ne peut former opposition pour les loyers en cours ou à échoir* ». Bien qu'en dehors des domaines comptable et fiscal, il est fait expressément usage ici de la règle comptable du couru. Or, la technique du couru représente la date de naissance de la créance économique. Cela signifie qu'il peut être fait opposition pour toute la créance économique de loyers antérieurs, mais qu'il ne peut pas être fait opposition pour le paiement de la créance économique de loyers postérieurs, nonobstant la date d'exigibilité des termes successifs de loyers.

Une observation analogue peut être faite en matière de fruits civils, une référence légale expresse à la date de naissance de la créance économique en dehors des matières économiques et commerciales.

2/ La créance économique de fruits civils en droit des biens

669. L'article 586 du Code civil, repris par l'art. 585 de l'avant-projet Catala de réforme des biens, dispose que « *les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de son usufruit. Cette règle s'applique aux prix des baux à ferme comme aux loyers des maisons et autres fruits civils* ».

Cette acquisition n'est autre qu'une naissance *prorata temporis* des fruits civils. Elle correspond en réalité à la date de naissance de la thèse matérialiste, à la naissance de notre autre concept de créance, la créance économique. En effet, le « jour par jour », la « proportion de la durée » correspondent au fait que la prestation corrélative, la jouissance du bien octroyé, est une prestation continue. Comme en dispose d'ailleurs l'article 38-2 bis a) précité du CGI en matière de prestation continue, l'imposition, qui correspond à la naissance de la créance économique, se fait au fur et à mesure de l'exécution de la prestation, ce qui revient à dire qu'elle se fait de façon continue, *prorata temporis*.

670. À cause de la terminologie utilisée par le Code civil, les fruits civils sont « *réputés* » s'acquérir jour par jour, certains auteurs y voient une fiction juridique¹. Tous les auteurs adhèrent pourtant sans réserve à ce mode de perception. Ce n'est pas là le signe d'une fiction juridique. Ainsi, Baudry-Lacantinerie estime que « *rien n'est plus simple ni plus équitable* »² et Planiol et Ripert pensent

¹ E. AUBERT, *Des fruits civils*, th. 1907, p. 26 s. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorie que et pratique de droit civil, Des biens*, 1896, n°512.

² BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorie que et pratique de droit civil, Des biens*, 1896, n°511 p. 325.

qu'une règle différente serait « injuste »¹. L'acquisition au jour le jour va donc de soi, mais son explication reste vague : simplicité, justice, équité.

En réalité, si les fruits sont acquis *prorata temporis*, c'est parce qu'il s'agit d'une créance économique qui naît au fur et à mesure de l'exécution de la prestation et donc *prorata temporis* en cas de prestation continue. Ce n'est pas un mode d'acquisition fictif, c'est le mode de naissance naturel du concept de créance économique.

L'article 586 du Code civil n'érige pas une fiction juridique. Il est plus simplement imprécis. Demolombe et Baudry-Lacantinerie remarquaient déjà l'imprécision dont faisaient preuve ces textes en matière de fruits².

Il est vrai que l'acquisition *prorata temporis*, explicitée par le texte, exclut toute considération pour la date d'exigibilité. Cette répartition s'applique même lorsque les fruits sont payés d'avance. Le légataire universel en usufruit peut ainsi réclamer une part proportionnelle à la durée de son usufruit sur l'intégralité du semestre des loyers payables d'avance et encaissés par le *de cujus* avant son décès³.

Bien que le texte soit suffisamment précis pour exclure l'application du critère de l'exigibilité, l'acquisition *prorata temporis* ne correspond pas exactement l'exécution de la contreprestation. En cet endroit se situe l'imprécision des textes. Mais jurisprudence y pallie implicitement. Elle a en effet montré que l'exécution au jour le jour ne constituait que la transposition d'une exécution au fur et à mesure de la contreprestation.

671. La problématique du début de l'usufruit sur un immeuble en état futur d'achèvement, telle que réglée par la doctrine, le prouve. En effet, l'usufruit débutant alors avant l'entrée en jouissance, la question se pose de savoir si l'acquisition s'effectue à compter du début de l'usufruit ou à compter du début de la jouissance. La première option relève d'une application littérale de l'article 586 du Code civil, une acquisition « *à l'usufruitier... à proportion de la durée de son usufruit* ». La seconde option nécessite de prendre davantage de recul par rapport à la lettre du texte et de reporter l'acquisition de l'usufruit au jour de l'entrée en jouissance, car l'acquisition *prorata temporis* n'est que la transposition du caractère continue de la contreprestation prévue au contrat⁴.

¹ PLANIOL et RIPERT, t. 3, Des biens, 2ème éd. 1952, n°779.

² DEMOLOMBE (*Cours de Code Napoléon*, 3^e éd. 1866, t. X, n°267) observe par exemple que la formulation de l'art. 582 du code civil qui consacre le droit pour l'usufruitier de « jouir » des fruits n'est pas exacte. C'est de la chose elle-même dont jouit l'usufruitier (art. 578). Quant aux fruits de la chose, il en acquiert la pleine propriété et non pas simplement la jouissance. Dès lors, il n'est peut-être pas surprenant que le législateur de 1804 n'ait pas eu le loisir de s'appesantir sur la notion de fruits civils et sur leur mode d'acquisition au point de se rendre compte que l'acquisition au jour le jour, *prorata temporis*, était naturelle et non pas artificielle. En ce sens d'une imprécision de la lettre de l'art. 586 du Code civil, BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorie que et pratique de droit civil, Des biens*, 1896, n°519.

³ Civ. 20 juill. 1897, *D.* 1897, 17, De LANZAG DE LABORIE. Les commentateurs expliquent la problématique du loyer payable d'avance en termes d'acquisition irrévocable et de disparition de l'éventualité d'une restitution. Nous verrons que la créance acquise se superpose en partie avec notre concept de créance économique mais était trop vague, embrassait trop d'hypothèses pour que nous puissions la retenir, outre qu'elle s'accorde terminologiquement mal avec une problématique en termes de date de naissance de la créance. Nous verrons également que la naissance de l'acception économique de la créance de prix constitue un plan de perfection de la créance juridique du prix, au sens où Emmanuel Putman distingue naissance et perfection de la créance, mais un autre plan de perfection que ceux étudiés par l'auteur dans sa thèse.

⁴ BAUDRIE-LACANTINERIE, op. cit., « car les fermages ne sont que le prix de cette jouissance ; jusqu'à ce qu'elle ait commencé, il n'y a pas encore de fruits civils et il ne peut pas suite être question pour l'usufruitier de les acquérir ; il n'y aura que des fruits naturels attribués à l'usufruitier après leur séparation ; aussi convient-il de rectifier quelque peu la formule de l'art. 586 : l'usufruitier n'a pas droit aux fruits civils en proportion de la durée de son usufruit, mais à raison du temps pendant

672. La date d'acquisition n'est donc pas fictive, elle constitue la date naturelle de naissance des fruits, car ceux-ci ne sont pas autre chose qu'une créance économique. Charles Croizat relevait déjà au début du 20^{ème} siècle qu'une « *évolution de la vie économique invitait à revoir l'institution* » des fruits civils. Un demi-siècle après, René Savatier lui emboîtait le pas, et jugeait « archaïque » la classification des fruits du Code civil, remontant au mieux aux premiers âges des contrats. Et l'auteur expliquait qu'il « *existerait un retard du langage juridique civil sur l'économie contemporaine qui rejaillirait également parfois sur la manière dont les fruits sont traités* »¹. **Un retard du juridique sur l'économique**, n'est-ce pas là ce que notre concept de créance économique permettrait peut-être de commencer à rattraper en prenant conscience de l'existence d'une notion à forte coloration économique transversale de nombre de branches du droit privé.

673. Il y a un apport croisé entre les produits et les charges d'une part et la créance économique d'autre part. Le droit fait usage des concepts de produits et de charges comme si cela allait de soi. Pourtant, il ne nous semble pas que quelqu'un ait fait remarquer que ces produits et ces charges ne sont pas des créances et des dettes, en tous cas pas au sens de droit subjectif personnel. Bien qu'utilisés en droit commun, ils ne sont ni clairement identifiés ni clairement définis. Chacun s'en tient au final à la vision du sens commun pour leur approche juridique.

Dans un sens, prendre conscience que les produits et les charges sont une manifestation de la créance économique donne du corps au concept de créance économique. Cela permet de se rendre compte de son utilisation, car c'est l'acception économique de la créance qui est utilisée dès lors qu'il est en droit question de produits ou de charges.

Dans un autre sens, une fois conceptualisée, la notion de créance économique pourra rendre plus précise et plus tangible l'application des notions de produits et de charges, notamment quant à leur date de prise en compte, quant à leur date de naissance.

§ 3 : Tentative de définition de la créance économique

674. La créance économique représente la naissance au plan économique de la créance juridique. Cette naissance se manifeste par un déséquilibre économique, un déséquilibre des valeurs. Dans le cadre du contrat synallagmatique, ce déséquilibre des valeurs surgit avec l'exécution de la prestation caractéristique. Avant cette exécution, il n'y a pas déséquilibre, car les obligations réciproques se compensent. Par l'exécution de la prestation caractéristique, l'obligation en nature s'éteint et le déséquilibre économique apparaît. C'est de ce déséquilibre économique que provient l'utilisation du vocable « créance », à travers l'idée que ce vocable incarne du droit à une valeur en retour de la

lequel les fruits civils ont couru depuis l'ouverture de l'usufruit...». On retrouve la règle comptable du couru, qui représente la naissance de la créance économique.

¹ SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, 1970, n°1 s.

prestation fournie. **La créance économique constitue l'incarnation juridique de la valeur produite par l'exécution d'une prestation caractéristique.**

La créance économique n'est pas un droit subjectif personnel. Elle ne constitue pas une autre créance qui viendrait s'ajouter à la créance juridique. Il n'y a pas deux créances. Il n'y a pas deux paiements. La créance économique n'est qu'une autre vision de la créance juridique, une vision économique. Cependant, bien qu'économique, cette autre vision est également appréhendée par le droit. Elle joue un rôle dans le système de droit privé. Elle constitue un outil d'évaluation et de datation de la production de valeur par l'exécution d'une prestation. Elle permet ainsi de corriger l'application stricte du concept de créance juridique qui pourrait conduire à des solutions inéquitables car économiquement déséquilibrées. Du point de vue de la créance juridique, le désintéressement du créancier compte. L'utilisation de l'acception économique de la créance permettra de prendre en considération d'autres paramètres également importants, tels la répartition de la charge économique de la créance juridique.

La créance économique s'utilise en droit afin d'opérer un **correctif**. Elle donne une mesure pour opérer une ventilation de la créance juridique entre plusieurs entités ou plusieurs régimes. C'est déjà ici empiéter sur les fonctions de l'acception économique de la créance.

Cette définition abstraite nécessite davantage d'explications et de précisions. Celles-ci sont apportées par la déclinaison des éléments constitutifs (A), de la nature (B) et des caractères (C) de la créance économique.

A. Les éléments constitutifs

675. La créance économique, pour être définie, nécessite la conjonction de deux facteurs : la définition particulière de la créance en droit comptable et la nature particulière de la créance monétaire. En effet, d'un côté ce sont la nature et les qualités particulières de la monnaie qui expliquent l'existence d'une dualité des concepts de créances lorsqu'il s'agit du prix (1). D'un autre côté, c'est la définition particulière de la créance en droit comptable qui explique son décalage de naissance avec la créance juridique (2).

1/ La double fonction de la monnaie en droit

676. Le double rôle de la monnaie permet le dédoublement de la créance exprimée en monnaie. C'est pour cette raison que **seule la créance exprimée en argent peut recevoir une double acception, à la fois juridique et économique.** Seule la créance monétaire se dédouble dans ses fonctions en droit grâce à sa dualité de nature. **Ceci explique que la controverse sur la date de naissance de la créance se soit cristallisée sur la date de naissance de la créance de prix exprimée en argent.**

L'obligation monétaire présente nombre de particularités qui sont aujourd'hui bien connues, quant à sa nature et quant à son régime. L'une de ces particularités, qui peut-être explique toutes les autres, réside dans sa dualité à la fois de nature et de fonction soulevée par Messieurs Terré, Simler et Lequette : la monnaie est à la fois un instrument d'évaluation des biens et des services, et un instrument de paiement. Alain Sériaux¹ observe également cette dualité de l'argent en notant qu'il existe, en droit comme ailleurs, deux manières d'appréhender la valeur, à travers le prix qui constitue une valeur relative, et l'argent servant à payer. Rémy Libchaber distingue quant à lui les unités de valeur et les unités de paiement que la monnaie recèle toutes deux en son sein. Sans entrer dans le détail, cette dualité n'est que la manifestation d'un double ancrage de la monnaie dans les domaines juridique et économique. C'est la raison pour laquelle la notion s'avère cardinale pour l'émergence du concept de créance économique également au confluent des deux disciplines.

C'est que la monnaie constitue une unité qui permet deux choses. Elle peut constituer l'objet d'une obligation juridique et en permettre ainsi le paiement (a). Mais elle peut également permettre l'évaluation économique de tout bien ou service (b).

a) Un objet d'une obligation juridique commune

677. Habituellement employée dans la vente, la **notion de prix** se retrouve en réalité dans tout contrat synallagmatique parfait comportant une prestation en numéraire. Dans son ouvrage sur la détermination du prix dans les contrats, Emmanuel Gardounis propose cette extension de la notion de prix en dehors de la vente. L'auteur adopte en conséquence le vocable de « prix du contrat » et non plus de « prix de vente » et définit la notion comme « *toute contrepartie synallagmatique monétaire* » d'un bail, d'un travail, d'une entreprise, d'une assurance, d'une franchise, d'un prêt à intérêt. L'auteur exclut de la notion de prix les contrats unilatéraux et l'indemnité contrepartie d'une inexécution.

La créance économique est l'attribut inaperçu de la créance juridique de prix. Le prix constitue la contrepartie de toute prestation en nature prévue dans un contrat synallagmatique parfait, cette prestation en nature constituant la prestation caractéristique des contrats nommés. Conformément à l'opinion doctrinale majoritaire², ce prix doit être stipulé en argent, en monnaie. La jurisprudence qualifie parfois des contrats qui ne correspondent pas à ce canon de vente ou de contrat d'entreprise. C'est toutefois là une erreur méthodologique, il serait préférable d'adopter la qualification de contrat

¹ A. SERIAUX, « L'argent du droit, Contribution à une théorie juridique de la valeur », in *mél. Oppetit*, 2009, p. 579, n°1 : « *En soi* », car l'argent n'est jamais que l'expression d'une valeur monétaire, tant d'euros, tant de dollars, tant de yens... « *Pour soi* », car l'argent n'est mesuré par rien d'autre que lui-même....

² Notamment, J. GHESTIN, *La vente*, traité LGDJ, 1990, n°49, « *l'absence d'un prix en argent... écarte automatiquement la qualification de vente* ». B. GROSS et P. BIHR, *Contrats, Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, n°181.

*sui generis*¹ et d'appliquer néanmoins par analogie une portion du régime de la vente ou du contrat d'entreprise².

Le prix constitue donc une somme d'argent³, contrepartie monétaire d'un achat de bien ou de service⁴. Il est la clé de voûte permettant de relier le juridique et l'économique. **L'argent dans le prix est à la fois juridiquement l'objet d'une obligation et économiquement un outil de commensuration**, de mesure de la valeur de toute chose permettant l'accélération et la fluidité des échanges. S'il n'était pas en argent, le prix ne pourrait se trouver à la fois dans deux dimensions, économique et juridique, et il ne pourrait alors pas constituer un portail entre ces deux domaines.

678. Les développements doctrinaux sur l'objet du contrat⁵ vont également dans le sens d'un prix nécessairement en argent. D'après ces études, le contrat ne peut se réduire à sa prestation caractéristique, il faut englober toute l'opération qu'il représente, ce qui a conjointement été voulu par les parties⁶. Il s'ensuit que l'obligation monétaire est tout aussi caractéristique du contrat que l'obligation dite "caractéristique". Par exemple, une vente n'est pas qu'un transfert de propriété, c'est un transfert de propriété contre un prix voulu comme sa contrepartie et fixé en argent.

679. En cas de contrat synallagmatique parfait comportant deux prestations en nature, Emmanuel Gardounis, considère qu'il y a lieu de procéder à un dédoublement du contrat, ce contrat équivalent à deux contrats dont le prix monétaire se compenserait. La proposition n'est pas nouvelle. Elle n'est possible que parce que la monnaie, en tant qu'outil de valorisation, permet la commensuration de toute chose, car alors elle constitue le dénominateur commun des deux prestations en nature réciproques. Peut-être serait-il possible alors d'étendre le concept de créance économique comme contrepartie de toute prestation non monétaire prévue dans un contrat synallagmatique parfait à titre onéreux. La tâche semble périlleuse. Surtout, il n'est pas évident que les obligations en nature puissent se diviser et se ventiler de façon suffisante pour remplir les fonctions de la créance économique. Ce serait en réalité trop sortir du contexte juridique pour se positionner davantage sur le terrain économique au détriment de la mise en œuvre du concept.

680. Comme nous le verrons, l'expression monétaire est de toute façon indispensable au mode de naissance et à la fonction de la créance économique qui permet une ventilation de son acception juridique afin d'en répartir la charge ou le profit entre plusieurs personnes, plusieurs entités ou encore entre plusieurs régimes.

¹ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, traité, LGDJ, 2001, n°11120, l'auteur soulève que la controverse n'a pas de grande portée dans la mesure où, même en l'absence de qualification de vente, le régime de celle-ci se trouve partiellement appliqué, le plus souvent par renvoi des textes eux-mêmes.

² F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, traité LGDJ, n°33. Parmi les arguments des auteurs, ceux-ci soulèvent qu'un certain nombre de dispositions textuelles impliquent nécessairement que le prix soit exprimé en argent.

³ Vocabulaire juridique G. CORNU, Puf, 2011, p. 801, « prix ».

⁴ Dictionnaire de la culture juridique, Puf, 2003, « prix ».

⁵ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, n°28 s, pour une exposition des thèses en présence.

⁶ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th. 2005, n°347 à 357.

Cela est particulièrement visible pour les fruits qui doivent être répartis entre usufruitier et nu-propriétaire et en réalité pour toute prestation. La divisibilité de la monnaie joue ici un rôle cardinal. L'art. 586 du Code civil dispose que les fruits civils s'acquièrent au jour le jour. Cela implique une extrême divisibilité de l'obligation qui constitue le prix dans le contrat de mise à disposition du bien objet de l'usufruit par le média duquel les fruits sont obtenus. C'est pour quoi, pour Planiol et Ripert¹, les fruits civils résident nécessairement dans une somme d'argent. Pour cette même raison, nous apparaît mal fondé le regret exprimé par certains auteurs² de ne pas étendre aux fruits naturels cette acquisition au jour le jour, car les fruits naturels ne sont pas, ou insuffisamment, divisibles. Il apparaît en effet difficile de diviser la carotte ou le bœuf en 365 sans passer par le jugement de Salomon.

b) Un outil de valorisation économique

681. La monnaie est l'outil d'expression de la valeur. Elle permet la valorisation de toute chose, si bien qu'elle rend commensurable entre eux tous les biens et les services dans le commerce juridique. C'est la raison pour laquelle la monnaie se retrouve en filigrane dans les concepts de bien et de patrimoine, qu'elle « *est dans l'ombre de tout droit patrimonial* »³. Le patrimoine se trouve souvent défini comme l'ensemble des biens susceptibles d'une évaluation en argent⁴, car c'est cette appréciable en argent qui donne aux biens une valeur d'échange⁵, permet leur circulation par leur transfert de propriété.

682. Cette faculté de la monnaie est clairement exposée par Messieurs Bialès, Leurion et Rivaud dans leur manuel de notions fondamentales d'économie⁶. Relatant l'histoire de la monnaie, les auteurs font ressortir les limites du troc dont l'affranchissement a engendré la création de la monnaie. Parmi ces limites figure l'impossibilité de déterminer la valeur d'une marchandise par rapport à une autre et l'éventuelle nécessité d'une soulte pour le cas où les deux partenaires à l'opération économique de troc n'estimeraient pas les valeurs respectives des deux biens en adéquation. La

¹ PLANIOL ET RIPERT, t. 3, *Des biens*, 2^e éd. 1952, n°777 : « *Les fruits civils... sont les revenus en argent...* ».

² BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorie que et pratique de droit civil, Des biens*, 1896, n°511 p. 325, « *le loyer croît à mesure qu'on s'approche de l'échéance de paiement de même que les légumes croissent à mesure que l'on s'approche de leur cueillette* ». PLANIOL et RIPERT, t. 3, *Des biens*, 2^e éd. 1952, n°779, qui donnent les exemples des cultures ou des coupes de bois. Mais là encore, comment déterminer la part de croissance de l'épi de blé ou de l'arbre qui revient à l'un ou à l'autre ? JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1938, n°1901 qui estiment le mode d'acquisition des fruits naturels, au jour de séparation de la chose dont ils sont issus, « *injuste, choquant, inéquitable* » et qui va même jusqu'à parler « *d'enrichissement sans cause juridique* » pour conclure qu'une réforme est souhaitable sur ce point « *qui consacrerait le régime de l'acquisition jour par jour proportionnellement à la durée de l'usufruit pour toutes les catégories de fruits* ».

Ajoutons qu'il est pour nous paradoxal de qualifier de fictive l'acquisition au jour le jour de l'art. 586 du Code civil tout en voulant l'étendre. C'est que, pensons-nous, ce mode d'acquisition au jour le jour des fruits civils n'est pas fictif, il est le mode naturel de naissance de l'acception économique de la créance de fruits, du droit aux fruits. Mais encore fallait-il prendre conscience de l'existence du concept de créance économique pour s'affranchir ici de toute idée de fiction.

³ C. LARROUMET, *Les biens*, traité Economica, n°7.

⁴ J. CARBONNIER, *Les biens, les obligations*, n°166.

⁵ TERRE et SIMLER, *Les biens*, Précis Dalloz, n°23 s.

⁶ M. BIALES, R. LEURION, J.L. RIVAUD, *Notions fondamentales d'économie*, Foucher, 5^e éd. 2004, p. 136 s. Les auteurs soulignent également le rôle économique de la monnaie comme réservoir de valeur qui permet de palier aux périodes de creux, lorsque la valeur acquise (recettes en quelque sorte) est inférieure à la valeur consommée (dépenses), alors ce réservoir de valeur permet d'acquiescer néanmoins les biens et services nécessaires. La monnaie représente donc indubitablement la valeur sur le plan économique.

création de ce bien intermédiaire et accepté de tous, la monnaie, dans l'opération de troc, permet de pallier ces inconvénients : « *la monnaie constitue un étalon de mesure des valeurs qui permet facilement, non seulement de mesurer la valeur des différents biens, mais encore de facilement comparer la valeur de ces biens entre eux. Toutes les évaluations possibles par rapport à tous les autres biens sont ramenées en une seule* ».

683. Mais il n'est pas que les économistes qui font référence à la raison d'être de l'argent, à sa spécificité d'être la valeur de toute chose. Domat le faisait déjà en expliquant que nous avons « *trouvé l'invention de la monnaie publique qui, par sa valeur connue et réglée, fait le prix de tout ; et ainsi... on n'a plus besoin d'estimer que d'une part une seule chose, et on a de l'autre son prix...* »¹. De même, dans sa thèse sur la monnaie en droit privé, Rémy Libchaber², souligne qu'au-delà des unités monétaires, la monnaie constitue en réalité un pouvoir juridique, celui d'éteindre d'autres obligations, de payer d'autres contreprestations. La monnaie constitue avant tout un pouvoir d'achat de tout bien, toute prestation. Alains Sériaux observe également la fonction de commensurabilité de la monnaie qui lui vient de sa « *curieuse fongibilité* », l'auteur qualifiant même la monnaie de « *nec plus ultra des choses de genre* »³. Il ajoute que ces caractéristiques de la monnaie en font un terrain à partir duquel « *la justice commutative et ses stricts équilibres sont mieux à même de s'épanouir* ». Or, nous verrons que, justement, justice commutative et équilibre sont en lien étroit avec la fonction de la créance économique.

684. Étudiée tant par les économistes que les juristes, c'est déjà le signe que la monnaie constitue le pivot entre les deux sciences, ce qui fait d'elle un terrain propice à l'épanouissement de notre concept de créance économique qui se situe justement au croisement de ces deux mondes.

685. Aristote⁴ expliquait déjà, non seulement le rôle fondamental de la monnaie dans l'échange, mais aussi la nécessité de l'échange comme facteur essentiel de la cohésion sociale. Ce philosophe expliquait ainsi que « *ce n'est pas entre deux médecins que peut naître une communauté d'intérêts, mais entre un médecin et un cultivateur par exemple* ». Or cet échange n'est permis que grâce à la monnaie qui rend toutes choses commensurables entre elles. Elle est la communauté d'intérêts moteurs d'échange puisqu'elle constitue le dénominateur commun de toute chose dans le commerce. La monnaie se substitue au besoin par convention, le besoin étant commun à tous les hommes. Elle permet d'égaliser les biens et services de nature différente pour permettre ainsi leur échange. Aristote écrit ainsi que « *La monnaie, dès lors, jouant le rôle de mesure, rend les choses commensurables entre elles et les amène ainsi à l'égalité : car il ne saurait y avoir ni communauté d'intérêts sans échange, ni échange sans égalité, ni enfin égalité sans commensurabilité* ».

¹ DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, L. I, T. II, sur la vente.

² R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, th. LGDJ 1992, n°444 s.

³ A. SERIAUX, « L'argent du droit, Contribution à une théorie juridique de la valeur », *in mél. Oppetit*, 2009, p. 579, n°13, car il n'y a pas l'ombre d'un critère qualitatif.

⁴ ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, Livre V, « La vertu de justice ».

686. Bergel, Bruschi et Cimanmonti¹, définissent les biens comme des droits ayant une « valeur économique », représentative de leur utilité et constitutive de leur prix. Le prix contractuellement fixé constitue la valeur subjective du bien ou du service considéré. Mais surtout, il nous apparaît que cet attribut économique de commensuration de toute chose donne à la monnaie une certaine plasticité permettant de ventiler la valeur d'une même prestation entre deux périodes, sans quoi la créance économique n'aurait pas d'intérêt au regard de la date de naissance de la créance juridique.

687. La monnaie constitue donc un élément constitutif de la créance économique. Elle seule permet le dédoublement de la créance juridique en une acception économique. Cela explique que l'acception économique de la créance ne concerne que les créances exprimées en argent. Il reste à expliquer pourquoi la controverse se cristallise sur la créance de prix d'une prestation exprimée en argent. Cela relève du deuxième élément constitutif, la définition économique de la créance donnée par le droit comptable, une valeur économique positive, ou négative si la créance est vue du côté passif, en tant que dette.

2/ La définition de la créance en droit comptable par une valeur économique positive ou négative

688. La vision de la créance économique provient de la définition comptable de l'obligation dont les apports sont essentiels du point de vue de la compréhension de l'utilisation du critère de date de naissance de la créance économique dans le système droit privé (a). Elle permet en particulier la mise en évidence d'une superposition des dates de naissance des acceptions juridique et économique de la créance en dehors de la source du contrat synallagmatique à titre onéreux (b).

a) La mécanique subséquente de la naissance

689. Il a déjà été évoqué que la créance était appréhendée par le droit comptable, mais que cette branche du droit reconnaissait qu'elle n'appréhendait pas la créance au sens classique du terme et que la date de naissance qu'elle utilisait ne correspondait pas non plus à la date classique de naissance de la créance.

La **définition de la créance en droit comptable** s'obtient par la conjugaison des articles 212-2 et 212-1 du Plan comptable général : « *une dette (...) est un élément du patrimoine ayant une **valeur économique négative** pour l'entité, c'est-à-dire une obligation de l'entité à l'égard d'un tiers dont il est probable ou certain qu'elle provoquera une sortie de ressources au bénéfice de ce tiers, sans contrepartie (...). Cette obligation peut être d'ordre légal, économique, réglementaire ou contractuel. Elle peut découler des pratiques passées de l'entité (...). L'estimation (...) correspond au montant de la sortie de ressource que l'entité doit supporter pour éteindre son obligation envers*

¹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, n°1, dans le cadre de leur définition des biens.

le tiers (...). La contrepartie éventuelle est constituée des avantages économiques que l'entité attend du tiers envers lequel elle a une obligation »¹.

Telle n'est pas la définition juridique du droit de créance, à savoir le droit du créancier d'exiger une prestation de son débiteur. Outre que la définition comptable est plus précise et plus technique, elle recouvre surtout une réalité différente, car elle **incorpore les idées de valeur et de contrepartie**. La créance est une valeur à laquelle ne s'oppose aucune contre-valeur. C'est la raison pour laquelle, à la signature du contrat synallagmatique parfait, aucune des deux créances n'existe au sens de la définition du PCG alors qu'elles existent toutes les deux au sens de la définition classique. Ce n'est que par l'exécution de l'une des deux obligations que le déséquilibre économique apparaît et fait naître la créance économique de contrepartie, le droit à la contre-valeur.

Il est possible d'illustrer la mise en œuvre en droit comptable de cette définition de l'obligation donnée par le Plan comptable général. Le site focuspcg.com fournit l'exemple d'une prestation de réparation sur machine². Le devis est accepté en N, mais les travaux n'auront lieu qu'en N+1. Le montant des réparations ne doit pas figurer dans les comptes de l'exercice N car, *« au-delà de l'obligation qui est bien née avant la date de clôture, pour comptabiliser un passif, l'entité ne doit pas attendre de contrepartie de la part du tiers bénéficiaire de la sortie de ressources. Or des travaux auront lieu après la date de clôture. Ils permettront à la machine de mieux fonctionner. Il y a donc bien une contrepartie à cette sortie de ressource »*. L'obligation ne peut être comptabilisée en N, car bien que née juridiquement, elle n'est pas née économiquement puisqu'elle possède encore une contrepartie à venir, l'exécution des travaux. L'obligation telle que définie par le PCG ne naîtra que de la disparition de cette contrepartie. Une fois exécutée, la contrepartie n'est plus à attendre, la sortie de trésorerie représentée par la dette de prix acquiert donc une valeur économique négative, car elle ne sera plus compensée par une contrepartie.

Ceci explique l'art. 312-7 du PCG qui constitue l'application particulière de la définition générale de la dette et du passif au cas de la dette fournisseur : *« En application de l'article 312-1, une dette à l'égard d'un fournisseur est comptabilisée lorsque, conformément à une commande de l'entité, la marchandise a été livrée ou le service rendu »*. En effet, avant cette exécution, la dette n'existe que juridiquement, mais pas comptablement, car elle ne correspond pas encore à la définition posée par le droit comptable de la dette.

690. La nature de la monnaie complète cette définition comptable de l'obligation. En effet, à suivre la lettre du Plan comptable général, le déséquilibre économique pourrait survenir quelle que soit la créance prévue au contrat synallagmatique qui serait exécutée en premier. Tel n'est pas réellement le cas. C'est que le Plan comptable général tient pour acquis la nature même de la technique comptable, l'analyse et la comptabilisation des flux de biens et de services. Ce n'est pas le contrat synallagmatique qui est enregistré, mais le factuel, le fait d'exécution de la prestation caractéristique. C'est la raison pour laquelle l'exécution de la créance de prix en premier n'est pas enregistrée dans

¹ Le pendant de la dette, la créance, se retrouve à travers la définition de l'actif dont dispose les articles 211-1 et 211-2 du PCG d'après lesquels *« un actif est un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs (...) L'avantage économique futur représentatif d'un actif est le potentiel qu'à cet actif de contribuer, directement ou indirectement, à des flux nets de trésorerie au bénéfice de l'entité »*.

² Focuspcg.com : Grandes réformes, passifs, FAQ.

un compte qui pourrait être intitulé « Client – prestations à recevoir », mais dans un compte « Clients - acomptes reçus sur commandes »¹. Nous retrouvons ici une autre vision du contrat déjà abordée, la réduction du contrat synallagmatique à un fait, la prestation caractéristique exécutée. La technique comptable enregistre la valeur positive ou négative que constitue l'exécution de la prestation caractéristique. Mais, transposée à l'analyse classique juridique du contrat synallagmatique, cette valeur s'incarne dans la créance de prix du bien ou de la prestation fournie. C'est la monnaie, à la fois unité de compte en droit comptable permettant la valorisation et unité de paiement² en droit des obligations, qui constitue cette passerelle entre l'économique et le juridique. Pour cette raison, si la définition comptable de l'obligation se suffit à elle-même en droit comptable, elle doit être conjuguée avec la nature de la monnaie.

691. La définition comptable de l'obligation explique que l'acception économique de la créance ne concerne que les créances monétaires. La définition comptable explique pourquoi l'acception économique de la créance n'a d'intérêt que pour les créances monétaires de prix d'une prestation, créances sur lesquelles s'était cristallisée la controverse sur la date de naissance de la créance, controverse que les présents travaux visent à résoudre. L'apport de la définition comptable nécessite des explications complémentaires. Il permet d'éclairer la mécanique dans le système de droit privé du critère de date de naissance de la créance économique et explique pourquoi l'acception économique de la créance était passée inaperçue en dehors des droits comptable et fiscal.

b) La superposition potentielle des dates de naissance des deux acceptions de la créance

692. La définition comptable de la créance permet d'aboutir à deux définitions de la créance économique. L'une est générique. Elle présente peu d'intérêt au plan pratique, mais elle mérite d'être soulevée pour la compréhension théorique du fonctionnement du critère de date de naissance de la créance économique dans le système de droit privé. L'autre définition, plus précise, plus ciblée présente davantage d'intérêt au plan pratique, nous l'avons déjà abordée.

693. Au plan général, la créance économique représente une **valeur économique positive ou négative**, une sortie ou une entrée prévisible d'argent sans avantage économique en contrepartie. Cette définition concerne en vérité toute créance d'argent, quelle que soit sa source.

¹ Compte 4191 « Clients Avances et acomptes reçus sur commandes ». Le chiffre 9 en troisième position de la numérotation désigne une particularité, celle d'un fonctionnement en sens inverse de l'ordinaire. D'ordinaire les comptes fournisseurs enregistrent une dette de prix pour les commandes livrées. Ici c'est une créance qui est enregistrée car le prix est versé avant la livraison. Et la corrélation chez le fournisseur s'enregistre au compte 4091 « Fournisseurs, avances et acomptes versés sur commande », qui possède la même particularité. Les acomptes d'IS seront enregistrés au compte 444 « Etat impôts sur les bénéfices », la dette d'IS n'étant comptabilisée que lors des opérations de clôture pour la simple raison qu'il faut connaître le bénéfice imposable avant de liquider l'IS. Un compte spécifique existe pour les avances versées au personnel, le compte 425 « Personnel avances et acomptes ».

² L'expression est empruntée à Rémy LIBCHABER, *Recherche sur la monnaie en droit privé*, th. LGDJ, 1992, p. 191. Mais, bien qu'elle ne soit pas opposée, ni même incompatible avec notre vision, la démonstration de l'auteur est davantage axée sur la dette de valeur qui ne correspond nullement à notre concept de créance économique.

Par exemple, une dette de dommages et intérêts n'a pas de contrepartie, car le dommage causé à autrui ne saurait être vu comme un avantage économique. Il l'est parfois de façon incidente, mais il ne l'est pas le plus fréquemment. Où est l'avantage économique du conducteur qui renverse un piéton, du train qui déraile et tue ses passagers ? Ainsi, la dette de dommages et intérêts porte en elle-même le déséquilibre économique qui la fait naître au plan économique par sa seule existence. Cette dette naît économiquement à la même date.

Lorsqu'il y a **superposition** des dates de naissance des acceptions juridique et économique de la créance, l'acception économique passe totalement inaperçue. Tout se passe en pratique comme si elle n'existait pas. Elle existe pourtant au plan théorique. Cela explique la mécanique de l'acception économique de la créance dans le système de droit privé.

Certains mécanismes, certaines règles de droit, mettront en œuvre la créance économique et non pas la créance juridique. Cependant, pour l'application d'un mécanisme mettant en œuvre la date de naissance de la créance économique et non pas juridique, cette spécificité n'apparaît pas lorsque les créances concernées ont des dates de naissance juridique et économique identiques.

Cette superposition des dates de naissance des créances en dehors du cas du rapport synallagmatique a sans doute fortement contribué à obscurcir le débat sur la date de naissance de la créance et à empêcher l'acception économique de la créance d'émerger.

694. La divergence des dates de naissance des créances n'apparaît que pour les créances de prix exprimées en argent issues d'un rapport synallagmatique, en principe un contrat synallagmatique à titre onéreux. Au jour du contrat, la créance juridique de prix naît alors même que la chose n'est pas livrée, quand bien même elle n'existerait pas encore. La créance naît alors même que la prestation n'est pas exécutée ou n'a pas commencé à l'être. Mais l'acception économique de la créance de prix ne peut pas naître au jour de la formation. Il y a absence de déséquilibre économique, car l'existence de la créance est compensée par l'existence de la dette de prestation caractéristique. Ce n'est qu'au fur et à mesure de l'exécution de la prestation caractéristique que la créance économique de prix apparaît, que l'acception économique de la créance naît.

En pratique, l'acception économique de la créance n'a donc d'intérêt que pour la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. Pour cette raison, elle peut recevoir une définition plus précise que nous avons déjà énoncée. La créance économique constitue un outil de mesure de la production de valeur générée par l'exécution d'une prestation caractéristique. C'est de cette créance de prix tout particulièrement qu'il est question dans les présents développements. C'est la date de naissance de cette créance qui cristallise la controverse que les présents travaux entendent résoudre à titre principal. Il est d'ailleurs possible d'aller plus loin et de remarquer que, même dans le cadre d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, la divergence des dates de naissance de la créance n'apparaîtra qu'en se situant temporellement après la formation du contrat, mais avant l'exécution complète de la prestation caractéristique, autrement dit pour la créance de prix d'une prestation future.

695. La compréhension théorique d'une existence de l'acceptation économique de la créance en dehors de ce cas précis est cependant importante pour la compréhension théorique du critère de date de naissance de la créance économique dans le système de droit privé.

Elle permet notamment de remarquer qu'il n'est pas possible de remplacer ce critère par la désignation directe de la date d'exécution de la contreprestation. Le critère de date de naissance de la créance doit être conservé. La date d'exécution de la contreprestation ne saurait en constituer un substitut satisfaisant.

Le contre-exemple de la TVA est approprié ici, car en la matière la loi appréhende directement l'exécution de la contreprestation comme assiette de la TVA sans passer par un critère de date de naissance de la créance. La raison en est que la TVA n'impose pas le prix en soi, mais la valeur produite par l'exécution d'une prestation, qu'il s'agisse de la fabrication ou de la vente d'un bien, ou encore de l'exécution d'une prestation de service. Encore faut-il préciser que seule la valeur ajoutée générée est imposée par le biais technique de la déduction de la TVA acquittée sur les biens et services consommés.

Au contraire, le droit des entreprises en difficulté, pour identifier les créances privilégiées, n'appréhende pas que le prix d'une prestation exécutée après l'ouverture de la procédure collective. Il a pu être proposé de remplacer le critère de date de naissance de la créance par celui plus direct de l'exécution d'une prestation¹. En ce cas, les autres créances seraient exclues. Or, si cela s'avère approprié en matière de TVA, tel ne serait pas le cas pour le privilège de procédure. Peut-être pourrait-il être envisagé d'exclure les créances légales telles que les impôts ou encore les cotisations sociales, faisant ainsi partiellement reposer sur la collectivité les tentatives de redressement des entreprises. Mais il n'est pas envisageable d'exclure les créances issues d'autres sources, quasi-contrats ou responsabilité civile et pénale. L'exclusion de ces dernières constituerait une prime à la déresponsabilisation des entreprises en période d'observation. Elle ferait primer des intérêts économiques de sauvegarde de l'entreprise sur les intérêts bien supérieurs d'indemnisation des victimes par exemple. Pire, une telle approche favoriserait la commission de fautes préjudiciables durant la phase d'observation, tout serait bon pour sauver l'entreprise quitte à générer des dommages pour autrui ou à prendre des risques inconsidérés.

D'ailleurs, en droit comptable, les définitions des charges et des produits sont énoncées par les articles 221-1 et 222-1 du PCG qui disposent que « *les charges comprennent les sommes ou valeurs versées ou à verser en contrepartie de marchandises, approvisionnements, travaux (...), en exécution d'une obligation légale, exceptionnellement sans contrepartie* »². Ce n'est donc pas parce que le droit comptable applique le concept de créance économique que seules les créances de prix de prestations

¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *LPA* 9 nov. 2004, n°224 p. 41, n°18 où l'auteur proposait, à l'heure du projet de réforme du droit des entreprises en difficultés, de s'affranchir complètement du critère de date de naissance de la créance. Dans un sens similaire :

N. THOMASSIN, article op. cit., n°15, pour qui la date de naissance des créances n'est pas le critère pertinent en la matière.

E. PUTMAN, th. op. cit. n°240, pour qui le privilège est principalement lié à l'accomplissement des prestations après le jugement d'ouverture bien plus qu'à la prétendue « *naissance* » des obligations.

B. GRIMONPREZ, th. op. cit., n°55, pour qui le droit des procédures s'intéresse en réalité à la destination et à l'utilité de la prestation fournie afin de procéder à une répartition prorata temporis des charges de l'entreprise.

S. TORCK, article op. cit., qui met en exergue le critère tiré de la prestation caractéristique pour renier celui de la date de naissance de la créance et les solutions véhiculées en la matière en droit des entreprises en difficultés.

² Il est intéressant que le PCG voie dans les obligations légales la contrepartie de quelque chose. Il est vrai qu'elles sont la contrepartie des infrastructures et des services mis à la disposition du public par l'Etat.

fournies à l'entreprise seront prises en compte. Bien évidemment, les dettes d'impôts et de charges sociales, par exemple, qui ne sont pas la contrepartie directe d'un bien ou d'un service fourni à l'entreprise, sont appréhendées par le droit comptable et constituent des charges déductibles sur le plan du droit fiscal.

Bien que nous n'ayons pas encore expliqué la fonction et le domaine d'application de la créance économique, nous avons déjà soulevé qu'elle devait s'appliquer en matière de régimes matrimoniaux pour identifier les créances et les dettes de masses commune et propres. Là encore, il est possible de pressentir que cela n'aurait pas de sens de réduire la composition de ces masses aux seules créances de prix constitutives de la contrepartie d'une prestation. Que deviendraient les autres créances issues des autres sources ? Toutes les créances doivent être ventilées entre les trois masses.

696. Ce dernier exemple permet d'approcher la conséquence pratique d'une **impossible substitution théorique du critère de date de naissance de la créance au critère de date d'exécution de la contreprestation**. Avec une telle substitution, toute théorisation serait inconcevable. La résolution de la controverse soulevée ne serait pas satisfaisante, car elle se réduirait à des solutions d'opportunité pure qui nécessiterait à chaque fois de légiférer. Avec la théorisation par l'acception économique de la créance et la ventilation subséquente des mécanismes mettant en œuvre la date de naissance de la créance selon qu'il s'agit de la créance juridique ou économique, la logique et le caractère naturel du système suffisent pour justifier les solutions, il n'est pas besoin de légiférer.

La définition et les deux éléments essentiels du concept de créance économique étant explicités, il convient maintenant d'apporter des précisions quant à sa nature, notamment, la créance économique n'est pas un droit subjectif personnel.

B. La nature

697. Appréhendée par le droit, la créance économique n'est pas purement économique. Ce n'est pas la valeur vénale du bien en fonction des données du marché. C'est la valeur subjective du bien, l'équivalent subjectif voulu par les parties au contrat synallagmatique parfait. Mais la créance économique n'est pas non plus une créance juridique, un droit subjectif personnel. C'est par comparaison à ce dernier que la nature véritable de la créance économique ressort le mieux. Les deux concepts n'ont pas la même nature. D'importantes divergences apparaissent tant du point de vue philosophique que temporel (1). Malgré cette absence de nature identique les deux concepts restent étroitement liés, la créance économique n'étant pas autonome de la créance juridique (2).

1/ Absence d'identité de nature avec la créance juridique

698. Cela a déjà été abordé, mais il convient d'insister. **La créance économique n'est pas la créance juridique, elle ne revêt pas la nature d'un droit subjectif personnel** (a), elle n'est qu'un outil de mesure de la date de production de la valeur générée par l'exécution d'une prestation

caractéristique. Contrairement au droit subjectif personnel tourné vers l'avenir, la créance économique est davantage tournée vers le passé, vers le réalisé (b). Enfin, cette divergence de nature par rapport à la créance de prix *stricto sensu* pourrait permettre de trouver une acception économique de la créance en dehors des contrats synallagmatiques, en appréhendant de façon plus large tout rapport synallagmatique (c).

a) Exclusion de la nature d'un droit subjectif personnel

699. Malgré sa dénomination, le concept de « créance économique » n'emprunte pas la nature de la créance juridique, il n'est pas un droit subjectif personnel. Le vocable de créance s'impose pourtant, car le concept incarne l'idée générique inconsciente et non spécifique véhiculée par le terme, la valeur. Ce n'est pas la naissance de la créance qui se cache derrière l'exécution de la prestation caractéristique, c'est une créance, plus exactement le sentiment de devoir bénéficier de quelque chose en retour de sa prestation. Ce sentiment provient des fondements de notre modèle de société qui conditionne l'inconscient collectif, individualisme, justice commutative, « tout travail mérite salaire », « on n'a rien sans rien »,... Ce sentiment est si fort qu'il s'incarne juridiquement, d'abord dans l'équité, qui peut étymologiquement relever de la même logique, équitable, équilibre, équivalence, ensuite dans certaines institutions comme l'enrichissement sans cause ou encore la restitution par équivalent.

La créance économique n'est donc pas le droit subjectif personnel. Elle n'a de créance que l'idée générique du sens commun. Elle représente la création de valeur et à travers elle le droit matériel et factuel à une contre-valeur, le prix.

700. Comme elle n'est pas un droit subjectif personnel la créance économique ne requiert pas de titulaires dotés de la personnalité juridique pour en être les protagonistes actifs et passifs. Il peut s'agir d'une simple « entité » qui en a la charge ou le profit. Tel est le cas en droit comptable où toute activité commerciale ou professionnelle fait l'objet d'une personnification comptable alors même qu'il n'y a pas nécessairement de personne juridique distincte pour en être le support. Tel est le cas également en droit des régimes matrimoniaux où les masses propres et communes sont souvent dites « créancières » ou « débitrices » les unes des autres alors pourtant qu'elles ne sont pas dotées de la personnalité juridique. Il en va de même de l'indivision qui, démunie de la personnalité juridique, n'en est pas moins qualifiée de « débitrice » ou « créancière » de rapports de droit. Il sera possible de se demander ce qu'il en est pour les nouveaux patrimoines d'affectation que sont la fiducie et l'EIRL.

b) Un donné rétrospectif davantage qu'un construit prospectif

701. Le donné finit souvent par s'imposer au construit, le fait s'impose au droit, la créance économique s'impose à la juridique. Dans cette observation se trouve déjà en germe la fonction accomplie par la créance économique ainsi que son état de symbiose avec la créance juridique.

Ainsi, en matière de résolution ou de nullité contractuelle, on peine à admettre l'anéantissement rétroactif d'un contrat à exécution successive pour la seule raison qu'il est difficile, voire impossible d'effacer l'exécution de la prestation caractéristique d'un contrat, et ce d'autant plus qu'il s'est agi d'une prestation de service et qu'elle s'est exécutée durant longtemps. En la matière, le contrat se trouve plutôt réformé et les obligations révisées. La résolution devient une résiliation et la nullité devient une nullité sans rétroactivité, une nullité partielle.

La prestation caractéristique constitue le référentiel. Son exécution passée est ineffaçable, tandis que son exécution future, contrairement à ce qui était prévu, ne sera pas. Quelle que soit la cause de cessation du contrat, l'arrêt de l'exécution de la prestation caractéristique constituera le point d'ancrage de la refaction du contrat et des obligations. L'exécution accomplie sera constatée. Le prix sera aligné en conséquence. Aux faits acquis et ineffaçables d'exécution de la prestation caractéristique correspond une créance acquise difficilement effaçable, une créance économique de prix, par suppression de toute potentialité future du fait de l'extinction subite du contrat.

L'article L. 136-1 du Code de la représentation constitue une bonne illustration. Le professionnel doit informer le consommateur de la survenance prochaine d'une tacite reconduction du contrat qui les lie à défaut de quoi le consommateur aura la faculté de rompre à tout moment unilatéralement le contrat. Ce sont les aménagements de cette éventuelle rupture unilatérale comme sanction d'un défaut d'avertissement de la reconduction tacite qui nous intéressent. Le Code prévoit que « *les avances effectuées après la dernière date de reconduction ... sont dans ce cas remboursées dans le délai de trente jours à compter de la date de résiliation, déduction faite des sommes correspondant, jusqu'à celle-ci, à l'exécution du contrat* ».

Ce n'est qu'ensuite, après refaction du contrat et alignement de la créance de prix, que devra être prise en compte la cause de cette refaction afin de déterminer si la responsabilité contractuelle du débiteur est engagée.

La résiliation au lieu de la résolution, la nullité partielle au lieu de nullité rétroactive totale, ne sont que des manifestations du fait qui s'impose au droit. Dans les deux cas, la créance économique vient rectifier la créance juridique sur une double base objective et subjective contenue dans l'équité qui commande sa mise en œuvre. Il y a une part d'objectivité, car le mécanisme mis en œuvre correspond à une forme de justice commutative, de préservation d'un équilibre. Mais il y a également une part de subjective, car cet équilibre n'est pas purement économique, n'est pas fonction du marché, il s'agit l'équilibre défini initialement par la volonté des parties au contrat, de l'équivalence stipulée.

702. Créance juridique et économique n'ont pas la même densité, le même degré d'abstraction. La créance juridique est un droit subjectif personnel à forte abstraction. Son existence réside dans la

protection juridique accordée à l'exécution future. Elle permet de l'anticiper sous la forme d'un droit subjectif personnel, un bien meuble. La créance économique a quant à elle plus de corps, plus de densité, elle est plus concrète, car elle repose sur le seul constat de l'exécution de la prestation caractéristique prévue au contrat. Le fait constitutif de la créance économique pourrait exister sans le contrat même si le droit à une contrepartie serait certes plus délicat à dégager. Mais mais le fait constitutif de la créance juridique ne pourrait pas exister sans le contrat, car il s'agit tout simplement du contrat, de l'accord de volontés. **Alors que la créance juridique repose sur la parole donnée, la créance économique repose sur l'acte accompli. La seconde présente une certitude inéluctable, tandis que la première présente une certitude toute relative.**

703. Les deux acceptions de la créance reposent sur des **plans temporels** différents, prospectif pour la créance juridique, rétrospectif pour la créance économique.

C'est au fond la différence entre le prévisionné et le réalisé : le juridique se tourne prospectivement vers l'avenir, tandis que l'économique se retourne rétrospectivement vers le passé. Nous pourrions évoquer aussi la différence entre le donné, le constat d'exécution que constitue la créance économique, et le construit, la suffisante substance insufflée par le droit à la créance de prix même en prévision de l'exécution de la contreprestation.

La créance juridique est prospective par nature, la promesse d'exécution future suffit pour qu'elle existe, nul besoin d'une exécution passée. Certes, on répliquera que ce n'est pas de l'exécution de la créance de prix dont il est question, mais de celle de la créance de prestation. Cela ne change pas grand-chose quant à l'esprit, quant à l'essence des concepts. Le contrat a pour vocation de saisir, d'appréhender, de dompter le futur, peu importe qu'il s'agisse de l'exécution du prix ou de celle de la prestation. L'existence de la créance de prix ne dépend pas de l'exécution de la créance de prestation, sa survivance seule en dépend.

De façon plus rudimentaire encore, on y trouve la différence entre la parole et les actes, la créance juridique relevant du premier, la créance économique du second.

C'est sans doute l'une des raisons pour laquelle, sauf cas très particuliers qui ne nous concernent pas ici, la créance juridique naît de façon instantanée, tandis que la créance économique naît selon des modes plus atypiques, de façon continue ou successive.

Il est vrai qu'en droit comptable le bilan comporte quant à lui des créances et des dettes dont l'extinction sera prise en compte. Nous y voyons là la manifestation du lien entre économique et juridique. **En droit comptable, le système de la partie double impose sa mécanique, une seule et même date étant utilisée pour les deux parties, la date de naissance de la créance économique l'emporte.** La charge ou le produit enregistrés au compte de résultat est en nécessaire corrélation avec le matériel, ne serait-ce qu'à cause des écritures de régularisation des stocks basées sur l'inventaire. Il s'ensuit ce matériel qu'incarne l'acception économique de la créance impose sa date d'enregistrement aux comptes de bilan mouvementés en contrepartie.

Dans le compte de résultat, sous l'angle des charges et des produits, ce sont les actes, le matériel, le réel qui importent. Ainsi, l'art. R.123-93 du Code de commerce, détaillant le compte de résultat, fait mention des achats divers au titre des charges d'exploitation et des diverses ventes au titre des produits d'exploitation. Peu importe la dette inhérente à l'achat ou la créance inhérente au produit, ce

qui importe c'est la contre-valeur chiffrée, que l'on retrouve dans le prix, de la prestation accomplie, du service consommé, ce sont les dates de leur accomplissement, de leur consommation.

Au contraire, la créance économique est rétrospective, une promesse d'exécution future est insuffisante, elle repose sur le constat d'une exécution passée. La protection juridique future n'est pas suffisante économiquement, elle ne comporte pas suffisamment de corps, de substance, notamment parce que l'exécution future n'est malgré tout pas inéluctable à l'inverse d'une exécution passée que l'on ne peut totalement effacer.

704. La créance juridique ne prend pas sa source dans la matérialité des faits, c'est une abstraction de l'esprit construite pour notre système juridique dont la substance essentielle réside dans l'existence d'une sanction, donc plus abstraite et vaporeuse.

Au contraire, l'économique s'enracine dans la matérialité des faits. Son existence réside dans le sentiment d'équité de tout à chacun, ce pourquoi dans le sens commun les néophytes du droit peuvent confondre la créance juridique avec la créance économique. Cette dernière, plus concrète et solide, juridique est nécessairement chiffrée, ce qui n'est pas le cas de la créance juridique dont le *quantum* peut n'être que déterminable en fonction d'événements futurs aléatoires.

Il n'est dès lors guère étonnant que ce soit dans le cadre d'une étude sur le droit et l'économie des contrats qu'un auteur soulève que **l'accord est parfois insuffisant pour faire naître les obligations, qu'il faut l'exécution**, car « *l'exécution seule pérennise le lien contractuel* »¹, augmente l'intensité contractuelle en degrés.

705. Si la créance juridique constitue un bien, c'est grâce à « *la protection juridique qui impose au débiteur de s'exécuter* » et d'anticiper l'exécution future de la prestation, « *c'est bien dès la promesse du fait que le débiteur est obligé de tenir cette promesse* »². La créance économique ne repose quant à elle pas sur la promesse, elle repose sur le matériel, le réel, l'exécuté.

Certes, nous n'ignorons pas ici que la protection juridique dont il est question précédemment porte sur l'exécution de la créance considérée et non de sa contreprestation. Cela ne change rien à l'essence des choses. Le prestataire est obligé de s'exécuter, il peut y être contraint sous astreinte, l'exécution peut être confiée à une autre personne à ses frais et il engage sa responsabilité contractuelle en cas d'inexécution. Puisque le prestataire est obligé de s'exécuter, il n'y a pas de raison de considérer que le client ne soit pas également obligé de payer le prix, d'où la validité d'un paiement anticipé en tant que paiement et l'impossibilité d'en réclamer la répétition, excepté en cas de résolution ou de réfaction judiciaire du contrat.

Autrement dit, dans la mesure où le droit protège l'exécution future de la prestation au même titre que le paiement futur du prix, il n'y a pas de raison de retarder la naissance de la créance juridique de prix au jour de l'exécution de la contreprestation. La protection juridique anticipe sur l'exécution des deux créances réciproques prévues au contrat et leur donne suffisamment de substance pour qu'elles existent toutes deux immédiatement.

¹ C. ATIAS, « Qu'est-ce qu'un contrat ? » in *Droit et économie des contrats*, dir. C. Jamin, LGDJ 2008, n° 30.

² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2010.

La créance économique ne procède pas du tout de la même logique. Elle ne s'appuie pas sur la protection juridique, sur l'abstraction d'une promesse. Elle repose sur l'exécution d'une prestation pour en tirer l'idée d'un droit dû en contrepartie de cette dernière. Mais il n'y a là que l'idée d'un droit. Ce n'est pas un droit subjectif personnel. Sa nature diffère de celle de la créance juridique.

La créance économique, c'est le réel qui rattrape et corrige l'idéal incarné dans la créance juridique.

c) Extension envisageable hors la source contractuelle

706. S'il est évident que la créance économique, que l'on reconnaît comme l'ombre de la créance juridique de prix, trouve son terrain de prédilection dans le contrat synallagmatique à titre onéreux comportant une prestation fournie en échange d'un prix fixé en monnaie, la créance économique pourrait avoir des utilités hors la source contractuelle. Elle peut constituer à cet égard un apport à la théorie générale des rapports juridiques synallagmatiques.

La structure fondamentale de la créance économique, un prix en monnaie vu comme la contrepartie d'une prestation peut se retrouver en dehors de la source contractuelle. Certaines obligations légales pourraient être vues ainsi, ce serait alors des échanges forcés, des achats forcés opérés en vertu de la loi et non plus en vertu d'une rencontre de volontés.

Certaines indemnités pourraient être partiellement vues ainsi, telle l'indemnité d'occupation qui constitue au final le prix judiciairement fixé d'une occupation imposée au propriétaire par la force des faits. D'ailleurs, l'indemnité d'occupation est une créance postérieure bénéficiant du privilège de procédure alors même que le bail avait pris fin avant le jugement d'ouverture¹. La TVA comporte également une bonne illustration en la matière. En principe, l'indemnité versée en contrepartie d'un préjudice n'est pas assujettie à la TVA, à moins qu'elle ne soit la contrepartie d'une prestation de service ou celle de la livraison d'un bien².

Dans ce sens, nous pouvons également rappeler que l'article 212-1 du Plan comptable général précise que la créance au sens comptable, la créance économique, « *peut-être d'ordre légal, réglementaire ou contractuel* », c'est dire que la source de la créance économique ne se limite donc pas au contrat synallagmatique imparfait.

2/ Absence d'autonomie d'avec la créance juridique

707. La créance économique n'est pas un droit subjectif autonome et distinct de la créance juridique. Nous verrons ultérieurement que sa fonction vise à corriger ponctuellement l'application ordinaire du concept de créance juridique, celui-ci ayant pour finalité le désintéressement du créancier sans autre considération. **La créance économique ne peut pas apparaître sans l'existence préalable d'une créance juridique.** Elle naît dans le sillage de cette dernière. Il est possible d'observer ici une

¹ Com. 25 janv. 1994, *RJDA* juin 1994 n°709.

² J. LAMARQUE, O. NÉGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 2^e éd. 2011, n°1115.

certaine asymétrie de l'autonomie du concept eu égard à sa nature, une information sur la production de valeur générée par l'exécution d'une prestation caractéristique. En effet, si la créance économique ne peut naître que dans le sillage de la créance juridique, elle survit à l'extinction de celle-ci par son exécution.

C'est maintenant **l'absence totale d'autonomie de la créance économique par rapport à la créance juridique** qu'il convient de mettre en évidence. À cet égard, il faut se méfier de **ne pas confondre la créance économique avec une créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause**. L'enrichissement sans cause suppose au contraire l'absence d'une créance juridique préexistante (a). Ce n'est qu'une fois cette confusion potentielle écartée qu'il sera possible de focaliser sur les rapports existants entre la créance économique et la créance juridique (b).

a) Divergence fondamentale avec une source d'obligation comme l'enrichissement sans cause

708. Il peut y avoir ressemblance à s'y méprendre entre la créance économique et une créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause. La différence s'avère pourtant fondamentale et irréductible.

L'enrichissement sans cause suppose l'inexistence préalable d'une créance issue d'une autre source et qui jouerait le même rôle. Tel est le corollaire de la condition de subsidiarité posée par la jurisprudence et sans laquelle l'institution de l'enrichissement sans cause détruirait la structure même du système de droit privé.

La créance économique présuppose au contraire l'existence préalable d'une créance juridique, car elle est une autre vision de celle-ci, une vision économique. C'est la raison pour laquelle la créance économique n'est pas autonome de la créance juridique.

La **ressemblance** provient du fait que **toutes deux peuvent naître de l'exécution d'une prestation**. Mais la créance économique naît de l'exécution d'une prestation prévue dans un rapport synallagmatique. Elle naît de l'exécution d'une prestation **caractéristique**. Tel n'est pas le cas de la créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause qui naît *ex nihilo* sur le fondement de ce quasi-contrat.

1 - Ressemblance par l'idée de créance

709. L'action *de in rem verso*¹ fut consacrée par un arrêt de chambre des requêtes du 15 juin 1892², elle est pour l'instant¹ fondée sur l'art. 1371 du Code civil qui définit abstraitement les quasi-contrats tout en les annonçant.

¹ Cette action romaine n'a en réalité rien à voir avec ce pourquoi sa dénomination est utilisée aujourd'hui, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause. Il s'agirait là d'une erreur historique (*Adages du droit français*, op. cit., n°193).

² Arrêt de principe, arrêt Boudier, Req. 18 juin 1892, Julien PATUREAU C. BOUDIER, *GA* n°239, *DP* 92, 1, 596, *S.* 1893, 1, 281. L'idée était déjà présente en filigrane dans cass. 11 juill. 1889, *S.* 90, 1, 97, obs. Labbé. Confirmations et applications postérieures, cass. 12 mai 1914, *S.* 1918, 1, 11, et cass. 2 mars 1915, *DP* 1920, 1, 102.

L'équité et la justice commutative se cachent derrière l'enrichissement sans cause et derrière la fonction de la créance économique de remise des charges en face des produits. Pour ces raisons, la créance économique pourrait être rapprochée d'un cas d'enrichissement sans cause. Dans les deux cas, il y a un transfert de valeur dans un sens qui génère la nécessité d'un transfert de valeur en sens inverse.

710. Pour illustrer la ressemblance entre créance économique et créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause, un arrêt du 14 janvier 2003² de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation peut être utilisé. Dans cette affaire, est cassé l'arrêt d'appel qui refuse l'action *de in rem verso* d'un entrepreneur ayant effectué les fondations sur le terrain d'autrui, alors que le contrat de cession dudit terrain avait été annulé et que l'acquéreur débiteur du prix des travaux était en liquidation judiciaire. Le créancier, en l'espèce l'entrepreneur, avait un débiteur juridique insolvable, l'acheteur ayant commandé la prestation, mais dont la propriété de l'objet s'est trouvée remise en cause par l'annulation du contrat de vente. Cet entrepreneur exerce une action contre le cédant de la vente annulée, à nouveau propriétaire du terrain sur lequel il avait effectué les travaux de fondation. Son recours est admis sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

Finalement, le tiers au contrat qui reçoit le bénéfice de la prestation, en devenant propriétaire du terrain objet des travaux accomplis, ne peut-il pas être vu comme un créancier économique ? Il bénéficie de l'exécution d'une prestation. Tel ne saurait être le cas dans notre concept de créance économique. Celui-ci suppose l'existence d'une créance juridique entre les protagonistes dont la créance économique n'est qu'un avatar, une autre vision, une vision économique et temporelle. En l'espèce, il n'y a pas de créance juridique entre le tiers redevenu propriétaire du terrain et le prestataire de service et c'est justement pour cette raison que ce dernier s'oriente vers l'action *de in rem verso*.

L'existence d'une créance juridique préalable est une condition nécessaire pour qu'il y ait créance juridique, tandis qu'elle constitue un obstacle à l'admission d'un cas d'enrichissement sans cause. La différence entre les deux est donc irréductible.

711. S'il faut s'en méfier, la ressemblance entre les deux institutions présente toutefois un intérêt. Elle justifie quelque part l'appellation de « créance économique » et non pas simplement de perfection économique de la créance. La créance économique peut être vue sous un certain angle comme une forme de créance. Elle ne se réduit pas non plus à une simple consolidation de la créance juridique. Même si elle n'a pas la nature d'une véritable créance au sens technique d'un droit subjectif personnel, la créance économique recèle **l'idée de créance**. Celle-ci **incarne le sentiment que génère un déséquilibre économique dont le besoin de compensation se fait sentir pour la préservation de l'équité**. Cette idée est puissante, elle a fortement contribué à faire de l'enrichissement sans cause une source autonome d'obligations. Dans la créance économique, cette

¹ Les projets en cours proposent tous de le consacrer. Art. 1136 s. de l'avant-projet CATALA. Art. 212 s. du projet de réforme du droit des obligations où l'enrichissement sans cause devient l'enrichissement injustifié afin de faire disparaître le concept de cause, idée inutile voire dangereuse, mais de politique juridique face à la concurrence des autres systèmes de droit.

² Civ. 1, 14 janv. 2003, n°01-01304, P.

« idée de créance » ne heurte pas la cohérence du droit privé comme avait pu le faire l'enrichissement sans cause au lendemain de sa consécration, elle s'y insère harmonieusement.

Si la ressemblance existe à travers l'idée que véhicule le sens commun du vocable « créance », les dissemblances l'emportent néanmoins. En effet, n'étant pas un droit subjectif personnel, la créance économique ne jaillit pas à l'occasion d'une source autonome d'obligations.

2 - Différence par l'inexistence d'une source autonome d'obligation

712. La créance économique ne naît pas de l'exécution d'une prestation. Elle naît de l'exécution d'une contreprestation, plus précisément de l'exécution d'une contreprestation prévue dans un rapport synallagmatique, le plus couramment dans un contrat synallagmatique à titre onéreux comportant un prix stipulé en argent. Pour cette raison, **la créance économique présuppose l'existence d'une créance juridique de prix dans le sillage de laquelle elle naît**. L'existence d'une créance juridique préalable peut dès lors être vue comme une condition de naissance de la créance économique.

Au contraire, une créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause naît *ex nihilo* car il s'agit d'une source autonome d'obligation. La créance qui naît de ce quasi-contrat est une véritable obligation, un droit subjectif personnel. Si une obligation juridique préexistait, il ne serait pas utile de faire appel à une source autonome d'obligation. Au contraire, la préexistence d'une obligation juridique serait un obstacle à l'admission d'un cas d'enrichissement sans cause eu égard à la **condition de subsidiarité** posée par la jurisprudence.

713. Cette énigmatique condition de subsidiarité a évolué sous l'impulsion de la doctrine.

Dans sa thèse sur la subsidiarité, Antoine Gouëzel¹ relève la complexité profonde de cette condition et distingue deux sortes de subsidiarités. La première est une « subsidiarité renforcée » qui apparaît quand la valeur passe directement du patrimoine de l'enrichi au patrimoine de l'appauvri. Alors, régissant un concours d'actions entre les mêmes personnes, il s'agit de savoir si l'appauvri a le choix de l'action. La seconde subsidiarité est une « subsidiarité simple » qui apparaît quand la valeur transite par le patrimoine d'un tiers. Il y a alors pluralité de débiteurs et il s'agit de savoir si l'appauvri a le choix du débiteur poursuivi ou s'il doit respecter un ordre.

C'est uniquement dans la première occurrence d'une « *subsidiarité renforcée* » que l'action fondée sur l'enrichissement sans cause pourrait être confondue avec la créance économique. En effet, il ne saurait par hypothèse y avoir de rapport d'obligation préexistant entre les protagonistes dans la seconde occurrence de la « *subsidiarité simple* ».

¹ A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, th. Paris 2013, n°107s.

Philippe Rémy¹ éclaire avec brillance la condition de subsidiarité dans un article qu'il lui consacre. Il y fait ressortir la véritable nature de la condition de subsidiarité. L'auteur remarque que cette condition est en vérité embarrassante voire inutile. Elle brouille le droit lorsque le juge se trouve contraint de la contourner. Elle empêche l'action de prospérer « *là où elle pourrait jouer équitablement sans pour autant perturber l'ordre juridique* ». L'auteur propose une application plus concrète de la subsidiarité. Il estime que c'est au juge de vérifier s'il y a ou non trouble de l'ordre juridique par l'admission à son espèce de l'action *de in rem verso*.

Même avec ces apports lumineux de la doctrine, l'existence d'une obligation juridique entre deux protagonistes constituera toujours un obstacle à l'admission de l'enrichissement sans cause, car elle implique nécessairement un trouble de l'ordre juridique. Ce n'est qu'à l'égard d'un tiers que l'existence d'une obligation entre deux personnes n'est pas un obstacle à l'admission d'un cas d'enrichissement sans cause, encore que cela ne soit possible que dans l'hypothèse d'une insolvabilité du débiteur².

714. Il est enfin approprié d'observer ici qu'il ne faut se garder de confondre la créance économique avec un cas **d'action directe**. Les raisons sont analogues à celles qui commandent de différencier la créance économique d'un cas d'enrichissement sans cause, ce pourquoi il est approprié d'en faire l'observation dans le cadre de clui-ci.

Dans sa thèse sur l'action directe, Christophe Jamin la définit comme un mécanisme correcteur des principes de relativité des conventions et d'égalité des créanciers permettant au créancier, pour des motifs d'équité et en vue d'un équilibre des patrimoines, d'obtenir du débiteur de son débiteur, soit un paiement, soit la mise en œuvre d'une garantie. L'auteur entend émanciper l'action directe de la loi en lui procurant unité et autonomie en vue d'en faire une catégorie ouverte susceptible de recevoir de nouveau cas d'application en s'affranchissant de la loi³, que l'auteur entend *a priori* fonder sur la seule force de l'atteinte à l'équité. Mais Monsieur Jamin soulève cependant une différence qu'il juge irréductible avec un cas d'enrichissement sans cause, la condition de subsidiarité⁴. Or, au vu de l'étude précitée de Philippe Rémy sur la condition de subsidiarité, il apparaît que cette différence entre l'action directe vue par Christophe Jamin et le quasi-contrat d'enrichissement sans cause n'est que théorique. Il n'est donc pas surprenant qu'il faille se garder de confondre la créance économique avec un cas d'action directe de la même façon qu'il faut se garder de confondre la créance économique avec un cas d'enrichissement sans cause. C'est par définition que l'action directe suppose l'inexistence d'un lien de droit direct entre les deux protagonistes extrêmes du rapport à l'action. C'est en effet cette absence que l'action directe permet de pallier. Au contraire, la créance économique présuppose l'existence d'une créance juridique. Là encore, la **différence est irréductible**.

¹ P. REMY, « Le principe de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause », in *L'enrichissement sans cause, la classification des sources des obligations*, dir. V. MANNINO et C. OPHELE, LGDJ 2007, p. 59 s., spéc. n°3 et 14.

² Cette levée de la condition de subsidiarité par l'insolvabilité du débiteur est admise depuis le début du 20^{ème} siècle : civ. 12 mai 1914, *DP* 1918, 1, 41, NAQUET. Civ. 2 mars 1915, *DP* 1920, 1, 102.

³ C. JAMIN, *La notion d'action directe*, th., LGDJ 1991, n°331.

⁴ Ibid n°263.

Concept à part entière, la créance économique n'est pour autant pas totalement autonome de la créance juridique. Sa naissance présuppose l'existence de la créance juridique. Ce point la dissocie de façon fondamentale d'un cas d'enrichissement sans cause ou d'un cas d'action directe.

b) Convergence avec la créance juridique comme plan nouveau de "perfection"

715. La naissance de **la créance économique correspond à un nouveau degré de certitude de la créance juridique de prix** ou de la portion de créance de prix correspondant à l'exécution partielle accomplie. **C'est un nouveau plan de perfection de la créance qui vient compléter l'édifice construit par Emmanuel Putman** dans sa thèse sur la formation des créances. L'exécution de la contreprestation à laquelle correspond la naissance de la créance économique lève des obstacles juridiques au paiement futur de la créance juridique de prix. Parmi ces obstacles, on peut essentiellement citer l'exception d'inexécution bien connue, mais également la résiliation (ou résolution ou réfaction) pour inexécution totale ou partielle¹.

L'exécution de la prestation caractéristique peut aussi mettre en échec la résolution pour inexécution du contrat. Cette résolution s'avère en pratique difficilement rétroactive pour les contrats à exécution successive². Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 février 1991³ rappelle dans le cadre d'un contrat de distribution de carburant que la nullité du contrat n'éteint pas l'obligation de payer les livraisons effectuées et que par conséquent la caution reste tenue de garantir le prix desdites livraisons. C'est dire que la créance économique protège la créance juridique de prix de la nullité.

Dans le même ordre d'idée, par arrêt du 30 janvier 2002⁴, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation écarte l'exception de nullité d'un contrat de crédit-bail immobilier du fait de son exécution partielle. Il ne nous semble toutefois pas qu'un commencement d'exécution puisse faire obstacle au délai de rétractation aménagé par le droit de la consommation pour les ventes à distance, n'en déplaie aux « fournisseurs de masses »⁵.

¹ Il a été vu en première partie que celle-ci n'était pas si consciente en droit, cf. supra n°430 et s.

² La même difficulté se retrouve en matière de nullité. Certes, la nullité est en principe rétroactive. Cependant, comment les magistrats fixeront-ils les restitutions par équivalent, si ce n'est en appliquant le prix conventionnellement fixé pour ce qui aura été exécuté sans pouvoir donner lieu à restitution en nature. La rétroactivité sera bien souvent toute théorique.

³ Com. 12 févr. 1991, n°89-10.882, P, cassation, M. BANDRAC, *RTD civ.* 1991, p. 371, pour qui la caution devrait au contraire être libérée car il y aurait d'après l'auteur enrichissement sans cause et obligation nouvelle, mais cela ne correspond pas à la lettre de l'arrêt pour qui le prix n'est pas éteint. Dans le même sens, arrêt de rejet, civ. 1, 18 mars 1997, n°95-13244, P.

⁴ Civ. 3, 30 janv. 2002, *D.* 2002, 802. Sur la question, Marc BRUSCHI, « l'exception de nullité du contrat », *Droit et Patrimoine*, janv. 2000, p. 69, propose d'ajouter un al. 4 à l'art. 1304 du Code civil pour qu'un délai de prescription court contre l'exception de nullité, à compter de la date où le créancier demande l'exécution, qui serait rédigé comme suit : « *Dans le cas où l'obligation n'a pas été entièrement exécutée, le temps ne court que du jour où le créancier en a demandé l'exécution* ».

⁵ Concernant la vente par correspondance d'une Box internet, les conditions générales de vente Bouygues rappellent la faculté de rétractation de 7 jours laissée au consommateur à compter de la réception de la box, mais stipulent que « *toutefois, s'agissant des services et conformément à la loi en vigueur, si vous acceptez le commencement de l'exécution du service en activant votre ligne ou en consommant des minutes de communication avant le délai de 7 jours, vous ne pourrez plus exercer votre droit de rétraction* ». En opportunité, nous voyons mal le consommateur attendre une semaine, sa box emballée, avant de la renvoyer, dans la mesure où c'est en essayant le service qu'il pourra s'apercevoir de son manque de qualité ou de son inutilité pour lui. Mais surtout, en droit, contrairement à ce qu'énonce ces conditions générales, la loi n'en dispose absolument pas ainsi puisque l'art. L. 121-20-12 du Code de la consommation énonce en son II que « *le droit de rétractation ne s'applique pas (...) aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation* ». Nous doutons que le juge assimile un commencement d'exécution à une exécution intégrale pour satisfaire les espérances ou pour se conformer aux rêveries des « fournisseurs de masses ».

La consolidation de la créance de prix par l'exécution de la contreprestation se manifeste également en matière de révision judiciaire des contrats de prestation de service. Aucune révision n'est possible lorsque le prix a été fixé ou validé par l'accord des parties après exécution de la prestation.

716. Cette consolidation de la créance juridique à mesure de la naissance de la créance économique est essentielle. Elle explique la confusion des dates de naissance des deux créances juridique et économique. La consolidation donne une impression de naissance de la créance juridique. Mais la créance juridique existe déjà avant sa consolidation. Elle peut en effet avant cette consolidation faire l'objet d'un paiement, d'une saisie ou d'une cession efficace emportant immédiatement transfert de propriété.

Carbonnier soulignait le rôle particulier de l'exécution en expliquant étrangement que « *le contrat s'achève de se former en produisant effet, en s'exécutant* »¹. Avec l'exécution de la contreprestation, l'obstacle juridique d'exécution de sa propre prestation disparaît, de telle sorte que du rapport bilatéral, il ne reste plus qu'une seule créance.

La créance économique représente l'impact de la matérialité d'exécution d'une obligation caractéristique liée par un rapport de corrélation synallagmatique à une autre obligation de somme d'argent qui en constitue la contre-valeur. Elle constitue à cet égard l'illustration d'un phénomène plus large déjà relevé par le doyen Carbonnier : l'impact de la matérialité sur le droit. Dans son introduction sur le droit subjectif, celui-ci remarquait que, si des faits contraires au droit peuvent malgré tout s'imposer, telles la possession, la possession d'état, la théorie de l'apparence, c'est à cause de la force de la matérialité, du fait qui s'impose au droit pourtant contraire. Puisque la force de la matérialité est telle qu'elle peut s'imposer au droit, *a fortiori* peut-elle le consolider lorsqu'elle va dans son sens².

La naissance de la créance économique constitue un point économique de non-retour, car la prestation fournie l'est de façon irréversible contrairement au paiement d'un prix qui peut en principe toujours faire l'objet d'une restitution. Quand bien même le contrat serait annulé, l'exécution de la prestation ne pourrait être effacée et donnerait droit à une exécution par équivalent.

Cette consolidation joue un rôle, quelle que soit la date de paiement du prix, la date d'exécution de l'obligation de payer le prix. Si le prix avait été payée avant, l'inexécution de la prestation remettra en cause le paiement par une requalification *a posteriori* en paiement indu. Si le prix n'a pas été payée avant, alors il y aura bien consolidation juridique de la créance, mais cette consolidation juridique ne représente pas autre chose que sa naissance économique (et non pas juridique).

718. Avant son exécution, la créance pourra passer par des stades de perfection plus ou moins efficaces, plus ou moins importants, qui la rapprocheront toujours davantage de son exécution, qui rendront son exécution finale plus probable et donc plus certaine. Cette distinction entre la naissance et la perfection de la créance fut très clairement mise en évidence par Emmanuel Putman dans sa thèse sur la formation des créances. Il n'est aucune raison pour que les différents stades de perfection

¹ CARBONNIER, *Droit civil, t. 2, Les biens, les obligations*, Puf rééd. 2004, p. 2114.

² CARBONNIER, *Droit civil, t. 1, Introduction*, Puf rééd. 2004, n°163.

de la créance proposés par l'auteur soit une liste exhaustive. Il peut à présent y être ajoutée la naissance de l'acceptation économique de la créance.

La créance économique constitue un nouveau plan de perfection de la créance juridique venant compléter les différents stades de perfection de la créance mis en évidence par Emmanuel Putman. Il n'est cependant pas possible de la situer hiérarchiquement par rapport aux stades de perfection mis en évidence par l'éminent auteur, elle se situe sur un autre plan. C'est un autre degré de certitude de la créance juridique. C'est ce degré de certitude supplémentaire qui permet à la créance d'exister sur le plan économique qui ne se satisfait pas de simples promesses, et par conséquent d'exister dans les branches du droit à coloration économique tels le droit comptable, le droit fiscal, le droit des marchés publics.

719. L'exigibilité constitue l'un des stades de perfection de la créance analysés par Emmanuel Putman. Bien qu'il n'y ait pas identité entre naissance économique et exigibilité, une analogie de différence de degré peut être faite avec l'exigibilité. Entre la créance non exigible et la créance exigible, on perçoit bien que l'une est plus tangible, plus intéressante, tandis que l'autre est plus évanescente. Cela n'empêche que la créance existe avant de devenir exigible. De même, on perçoit bien que le prix d'une prestation exécutée, créance économique, présente davantage de tangibilité que le prix d'une prestation future, cela ne signifie pas pour autant que cette seconde créance n'existe pas encore.

720. Le degré de perfection pourrait être vu comme une certitude plus grande, une certitude au plan économique transférée dans le domaine juridique. Il ne faut toutefois pas confondre cette certitude particulière de la créance avec la certitude classique utilisée dans le tryptique « certaine, liquide, exigible » où la certitude correspond à l'existence de la créance.

Ce degré de certitude économique, de perfection économique de la créance de prix d'une prestation, se manifeste par la levée d'obstacles juridiques potentiels, à la survivance et à l'exécution de la créance de prix, pour l'essentiel l'exception d'inexécution et la potentielle résolution pour inexécution, qui se trouvent écartées en principe par l'exécution de la prestation caractéristique. L'exception d'inexécution constitue par nature un obstacle au paiement, non à la naissance de la créance, d'où l'on voit déjà dans la terminologie et l'essence de cette institution que la créance de prix existe nécessairement avant l'exécution de la prestation. En outre, s'agissant nécessairement d'une créance monétaire, la levée de ces obstacles rend pour ainsi dire certain le paiement de la créance de prix qui peut toujours faire l'objet d'une exécution forcée et ne peut jamais faire l'objet d'une exécution par équivalent puisqu'il constitue son propre équivalent.

Le contentieux fiscal en matière de détermination de l'assiette des BIC permet d'illustrer ce degré de certitude. Des travaux d'installation du chauffage dans la tour Montparnasse devait faire l'objet d'un paiement *in fine*, lors de l'achèvement des travaux. Le Conseil d'État n'en a pas moins décidé qu'il fallait imposer ce prix au fur et à mesure de l'exécution des travaux, en anticipant sa perception. En effet, explique le Conseil d'État, « *les sommes dues à ladite société à raison des travaux ainsi exécutés et constatés avaient le caractère de créances certaines dans leur principe et dans leur montant aux dates de clôture des exercices au cours desquels ont eu lieu les livraisons* » partielles

successives¹. Cet arrêt est d'autant plus remarquable que la précision qui nous intéresse constituait un *obiter dictum*. Cette observation du Conseil d'État n'était pas nécessaire pour adopter la solution dans la mesure où l'article 38-2 bis b) du CGI dispose explicitement qu'en matière de travaux l'imposition se fait au fur et à mesure des réceptions partielles. Le Conseil d'État explique dans cet arrêt ce que représentent pour lui ces exécutions partielles pour justifier le mécanisme naturel du texte.

C'est donc avec raison qu'Emmanuel Putman² reproche au courant matérialiste de la naissance de la créance de confondre naissance et effectivité, naissance et perfection de l'obligation.

Ayant éclairci la nature de la créance économique, il convient maintenant d'en explorer les caractères afin de mieux cerner le concept.

C. Les caractères

721. Parce qu'il est toujours plus facile de partir de ce qui est connu pour appréhender ce qui ne l'est pas, c'est à nouveau par une comparaison avec les caractères de la créance juridique que les caractères de la créance économique seront abordés. Sans prétendre à l'exhaustivité, quatre caractères particuliers peuvent être relevés par rapport au concept de créance juridique.

Lors de sa naissance, la créance économique se distingue par son mode de naissance en continu (1). Lors de son existence, elle se caractérise par un objet particulièrement divisible (2). Au moment de l'extinction, elle ne disparaît pas véritablement du fait de sa nature particulière, un outil d'information (3). Enfin, cette information présente une objectivité particulièrement appréciable (4).

1/ Une naissance en continu

722. Il a été observé à l'occasion de l'exposé de la thèse matérialiste que le **mode de naissance en continu** qu'impliquait cette thèse n'était pas naturel pour à l'égard du concept de créance en tant que droit subjectif personnel³. L'obligation représente le pouvoir pour le créancier d'exiger que son débiteur fasse ou ne fasse pas quelque chose. Avec une naissance en continue, la date de naissance se retrouve indéterminée, puisqu'elle naît et renaît à chaque instant et que le temps est par nature divisible à l'infini. Corrélativement, il existe un nombre infini et indéfini de créances. Qu'est-ce donc cette créance, qui n'est pas qu'une, mais une infinité et dont la date de naissance ne peut être précisément fixée ?

Nous le voyons bien, la thèse matérialiste de la date de naissance des créances présente des incompatibilités théoriques et conceptuelles avec le concept de créance lui-même. L'explication est à présent simple. Cette thèse ne correspond pas au concept d'obligation, mais à celui de créance

¹ CE 17 oct. 1984, n°40917, rec. Lebon.

² Th. op. cit., n°187.

³ Cf. supra n°70 et s.

économique. La créance juridique de loyer est une et unique. Elle naît au jour du bail et pour tous les loyers à venir. Les dates d'échéances ne sont que des modalités de paiement, des dates d'exigibilité successives et non pas des dates de naissance successives¹.

723. Au contraire, le concept de créance économique correspond parfaitement avec son mode de naissance, celui qui était soutenu par la thèse matérialiste, une naissance en continue. La créance économique représente la **valeur créée**. Il est naturel pour une valeur d'augmenter progressivement de façon continue ou encore successivement de façon discontinue. La valeur, la charge, le produit peuvent augmenter à chaque instant, naître à chaque instant, cela n'est pas perturbant et apparaît naturellement. Parce qu'elle n'est pas un droit subjectif personnel, la créance économique supporte une naissance en continu. Elle quantifie la valeur créée sur une période donnée. Elle n'est pas un lien de droit, mais un outil correctif de l'application stricte de celui-ci. Pour ces raisons, la créance économique présente nécessairement une flexibilité que n'a pas la créance juridique dans ses modalités de naissance.

724. Alors que pour la créance juridique sa date de naissance s'identifie à sa date d'existence, pour la créance économique, la date de naissance a davantage d'importance que l'existence elle-même. En effet, l'existence renvoie à la nature de droit subjectif, en tant que bien et en tant que lien. Or telle n'est pas la nature de la créance économique qui ne constitue qu'un outil de mesure de la valeur. Partant de là, seules la mesure et la date d'apparition de cette valeur importent. La raison en est que l'information contenue dans le moment de la naissance de la créance économique importe seule. Pour la créance économique, il n'y a pas de transfert, pas de paiement, simplement le constat rétrospectif de sa survenance à un moment donné dans le passé.

2/ Un « objet » particulièrement divisible

725. Il n'est pas nécessairement très approprié de se référer à l'objet. Cela peut prêter à confusion quant à la nature de la créance économique qui n'est pas un lien de droit. Mais cela peut également prêter à confusion quant au mode de naissance qui peut être confondu avec l'objet, la créance économique naissant de façon concomitante à l'accroissement de son objet. Malgré tout, quelques différences cardinales peuvent être soulevées par rapport à la créance juridique.

726. La créance économique emprunte ses particularités à l'objet de l'obligation monétaire. La fongibilité par l'indifférence des unités monétaires en fait partie. Mais c'est surtout la divisibilité qui s'avère cardinale. L'argent présente la particularité d'être **indéfiniment divisible**. C'est cette qualité

¹ Il convient de rappeler d'ailleurs que la naissance successive aux termes, plus précisément à chaque début de période n'est pas la thèse matérialiste, mais la thèse périodique (cf. supra n°80 et s., cf. supra n°68 et s. pour un exposé de la thèse matérialiste). Cette thèse périodique doit être distinguée de la thèse matérialiste. Cette thèse fut réfutée en première partie, tant pour les contrats à durée déterminée (cf. supra n°90 et s.), que pour les contrats à durée indéterminée (cf. supra n°263 et s.).

qui permet à la créance économique de naître de façon progressive, successive ou continue, au fur et à mesure de l'exécution de la prestation caractéristique.

La créance juridique présente une certaine flexibilité dans son objet, vue notamment à l'occasion des obligations à objet à formation progressive¹. L'exemple de la rente viagère en tant que prix de cession d'un immeuble peut également être donné où le prix ne peut être fixé à l'avance et évoluera dans son objet en fonction d'événements postérieurs à sa naissance, en l'espèce le décès du crédit-rentier. Il n'en va pas de même de la créance économique dont l'objet est inflexible quant à lui. La créance économique ne fait que constater le définitivement réalisé et s'avère pour cette raison systématiquement **déterminée, liquide**, chiffrée. Son objet n'est jamais simplement déterminable ou non encore liquide. La créance économique étant rétrospective, son objet ne variera jamais en fonction d'événements futurs et ne sera jamais modifiée *a posteriori* en fonction de ceux-ci.

La liquidité et la fixité sont explicitées à l'article 212-2 du Plan comptable général qui dispose qu'une « *dette est un passif certain dont l'échéance et le montant sont fixés de façon précise* ». Or, nous avons vu avec les obligations à terme incertain que la créance juridique pouvait exister sans pour autant être liquide et sans pour autant que son terme soit fixé de façon précise². C'est qu'il s'agit en droit comptable de l'acception économique de la créance.

3/ Une résistance à l'extinction

727. La créance juridique naît de façon instantanée à une date donnée et s'éteint par son exécution. Elle peut certes s'éteindre petit à petit en cas d'exécution successive, en cas de paiement successif. Rien de semblable pour la créance économique. Nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer subrepticement, il convient à présent de l'expliquer.

728. La créance économique ne meurt pas vraiment. La raison en est qu'elle ne constitue pas un concept vivant, elle n'est qu'un outil informatif. C'était d'ailleurs déjà pour cette raison que sa naissance pouvait présenter des particularités rétives au concept de créance juridique. **La valeur constatée ne s'éteint pas. Elle n'a pas vocation à s'éteindre comme la créance juridique. Elle a simplement vocation à être constatée.**

Pour cette raison le paiement du prix qui incorporait une créance économique emporte extinction de la créance juridique de prix, mais ne supprime pas pour autant l'acception économique d'ores et déjà née. La création de valeur par l'exécution de la prestation n'est pas détruite par le paiement du prix. L'information quant à cette valeur n'a pas vocation à disparaître, elle conserve son utilité même après paiement du prix. Cette dernière n'existe quant à elle qu'en prévision de son extinction. L'extinction n'est donc pas concevable pour la créance économique, elle n'a pas de sens.

¹ Cf. supra n°284 et s. pour un exposé théorique de l'obligation à objet à formation progressive, n°299 et s. pour la démonstration de l'existence d'une telle obligation en matière de responsabilité délictuelle, n°337 et s. pour le caractère transposable de cette théorie explicative à la source contractuelle. La naissance pour le tout au jour du contrat des obligations, y compris dans les contrats à durée indéterminée, s'explique ainsi d'après nous par la nature particulière des obligations issues de tels contrats, des obligations à objet à formation progressive.

² Cf. supra n°342.

4/ Une objectivité de l'information représentative

729. L'exécution matérielle d'un fait présente davantage d'objectivité que la rencontre des consentements. En cela, la date de naissance de la créance économique constitue un critère plus objectif que la date de naissance de la créance juridique. C'est la matérialité de l'exécution de la prestation caractéristique qui procure cette objectivité. Il est certes possible de trouver des traces de subjectivisme dans la mesure où le prestataire pourrait choisir adroitement sa date d'exécution. Il n'en reste pas moins vrai que l'exécution constitue une donnée factuelle plus objective que l'accord de volontés. La date de fixation en est d'ailleurs beaucoup plus facilement déterminable.

730. Il avait vainement été tenté de battre en brèche cette objectivité en droit des entreprises en difficulté avant la réforme du 26 juillet 2005. Ni la jurisprudence¹ ni le législateur n'avaient alors plié devant les propositions de la doctrine².

Il avait été proposé de n'appliquer le privilège de procédure de l'ancien article 40 qu'aux contrats pour lesquels l'administrateur judiciaire n'avait pas prononcé la résiliation. Il avait été également proposé de ne pas accorder ce privilège de procédure en période de liquidation, pour des raisons similaires, car dans les deux cas il peut être présumé que l'exécution du contrat n'était pas utile.

Dans les deux cas, les juges³ n'ont pas suivi et le législateur de 1985 n'avait pas repris cette proposition figurant pourtant dans le projet de loi. La solution devait être approuvée, car elle est seule à même de garantir la sécurité juridique et l'impartialité aux fournisseurs de l'entreprise en difficultés.

La réforme du 26 juillet 2005 est venue remettre en cause cette objectivité par l'adjonction d'un critère de finalité aux conditions pour bénéficier du privilège de procédure et par la perte vraisemblable du privilège en cas d'activité poursuivie sans autorisation judiciaire. Il sera cependant vu que cette remise en cause de principe au plan théorique n'aura sans doute pas l'impact initialement recherché au plan pratique⁴.

Conclusion de section, l'essence de la créance économique :

731. La créance économique n'est pas un droit subjectif personnel, un lien de droit. Elle est incorporée à la créance juridique de prix en monnaie d'une prestation prévue dans un contrat synallagmatique. Distincte par sa nature, elle ne se dissocie pas pour autant de la créance juridique de

¹ Les loyers postérieurs au jugement d'ouverture sont postérieurs malgré l'absence de poursuite de l'activité : com. 27 oct. 1998, *RJDA* déc. 1998 n°1378.

² RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 12^e éd. LGDJ, 1990, n°3056.

³ Req. 10 juill. 1933, *GP* 1933, 2, 583, *DH* 1933, 508, civ. 14 avr. 1934, *GP* 1934, 1, 880, *DH* 1934, 298, CA Alger 23 févr. 1928, *GP* 1928, 1, 741, CA Paris 8 mai 1937, *GP*, 2, 307.

⁴ Voir infra n°1196 et s.

prix. Elle incarne un nouveau plan de perfection de cette dernière, une consolidation économique de la créance de prix.

De façon plus générale, la créance économique **incarne en droit la date de production de la valeur** par l'exécution de la prestation. Cette valeur n'est néanmoins pas totalement objective et économique. Elle ne correspond pas à un marché. Elle est subjective, car elle est fonction de l'équivalent stipulé par les parties. La créance économique ne représente pas l'emprise de l'économie sur le droit, elle est un concept d'inspiration économique, mais acclimaté au contexte juridique. Malgré la dénomination choisie, elle est un instrument juridique, elle ne représente pas une prééminence de l'économie sur le droit, mais une inspiration du droit par l'économie.

Enfin, consolidation économique de la créance juridique, la créance économique incarne également en droit les concepts de produits et de charges. Ces derniers ne sont pas utilisés qu'en droits comptable et fiscal. Ils sont également utilisés en droit commun, par exemple en droit des biens ou en droit patrimonial de la famille. Pourtant, ces produits et ces charges ne sont pas des créances ni dans leur nature ni plus techniquement dans leur date de naissance. Ce sont des créances économiques vues sous leurs deux facettes, active pour les produits, passive pour les charges.

Le concept de créance étant ainsi mieux cerné de façon interne, il convient maintenant de le délimiter de façon externe en le comparant avec des concepts ou des notions voisines. Un tel rapprochement est fructueux, car il permet de mieux cerner la créance économique tout en évitant de la confondre.

Section 2 : Comparaison de la créance économique

732. Analyser une notion peut passer par une comparaison avec d'autres concepts. La comparaison avec certains concepts présente moins d'intérêt et peut être évacuée d'emblée.

La créance économique se distingue de la dette de valeur. Il convient ici de ne pas se laisser prendre au piège de l'utilisation du terme « valeur » qui peut recouvrir des réalités totalement différentes selon le contexte et le concept envisagé. Tout d'abord, la dette de valeur n'est pas nécessairement la contrepartie financière, le prix d'une prestation, comme la créance économique, puisque l'exemple type de dette de valeur réside dans la dette de réparation liquidée au jour du jugement de condamnation¹. Ensuite, la créance économique n'est pas amenée par principe et par nature à varier dans son expression monétaire entre le jour de sa naissance et celui de son exécution, sauf aménagements conventionnels spécifiques.

La créance économique n'est pas l'obligation économique proposée par Jacques Maury², pour qui toute obligation doit avoir pour contrepartie une obligation de valeur économique équivalente. D'une part, en matière de créance économique, il ne s'agit pas d'une équivalence objective, mais de l'équivalence voulue par les parties et maintenue au stade de l'exécution du contrat, quitte à opérer la réfaction du prix en cas d'exécution partielle de la prestation caractéristique. D'autre part, Maury ne

¹ Exemple type que nous avons néanmoins réfuté à l'occasion de l'étude de la naissance de la créance de réparation qui nous a permis de mettre en évidence sa nature particulière, une obligation à objet à formation progressive naissant pour le tout au jour du dommage et incorporant dès cette date toute la potentialité des préjudice futurs (cf. supra).

² Jacques MAURY, *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français*, th. 1920, p. 117.

distingue pas selon les obligations prévues par le contrat, selon qu'il s'agit du prix ou de la prestation, tandis que la double acception de la créance, économique ou juridique, constitue l'apanage des créances de sommes d'argent, des créances de prix, à cause des caractéristiques particulières de cette dernière, fongibilité et divisibilité illimitée, étalon commun de la valeur de toute chose dans le commerce, étalon garanti et protégé par l'État et la Loi.

733. La « technique du couru » en droit comptable incarne la date de naissance de la créance économique. Elle permet de ventiler une créance entre deux exercices selon la date d'exécution de sa contreprestation, selon la date de naissance de la créance économique. Par exemple, le paiement d'une échéance de loyer sera ventilé entre deux exercices lorsque la date de clôture intervient en cours de période. Il a déjà été remarqué que le Code de commerce utilisait d'ailleurs cette expression des « **loyers courus** » en traitant du droit d'opposition du bailleur du vendeur d'un fonds de commerce. Cette opposition est expressément exclue pour les loyers « courus ou à échoir ».

Il importe donc de **ne pas confondre « le couru » avec « l'échu » ou encore avec « le perçu »**. Cela revient à confondre la date de naissance de la créance économique avec des concepts voisins que sont l'exigibilité de la créance (§1) ou la perception des revenus (§2). En outre, la doctrine fiscale nomme « créance acquise » notre concept de « créance économique », ce pour quoi il s'avère incontournable de comparer les deux (§3).

§ 1 : L'exigibilité de la créance juridique

734. Tout comme la naissance de l'acception économique de la créance, l'exigibilité est un stade de perfection de la créance juridique postérieur à sa naissance. Elle ne se situe cependant pas sur le même plan de perfection. Prendre conscience de l'existence de la créance économique sera doublement bénéfique au regard du concept d'exigibilité en matière de restauration de la cohérence du droit privé quant à la date de naissance de la créance. Cela évitera la confusion entre la date d'exigibilité et la date de naissance de la créance économique. Mais cela contribuera aussi à éviter la confusion entre la naissance de la créance juridique et sa date d'exigibilité.

La distinction des concepts de créance économique et d'exigibilité de la créance juridique doit clairement être perçue (A) afin d'éviter leur confusion (B)

A. Absence d'identité des concepts

735. L'exigibilité peut être légale, judiciaire ou contractuelle. Elle se définit comme la date à compter de laquelle le créancier peut réclamer son dû et actionner son débiteur en justice en cas de défaut de paiement. Il n'y a donc pas identité avec la créance économique qui constitue la valeur générée par l'exécution d'une prestation ou la livraison de marchandises au prix prévu au contrat.

Il y a coïncidence lorsque la prestation caractéristique prévue au contrat est une prestation instantanée exécutable en un trait de temps. Mais dès lors que la **durée** insuffle la prestation

caractéristique, il apparaît difficile qu’il y ait correspondance exacte des dates de naissance de la créance économique et d’exigibilité de la créance juridique.

736. Un arrêt du 9 avril 1991¹ illustre de façon évidente le décalage qui peut exister entre les dates de naissance de la créance économique et d’exigibilité. Dans cette affaire, il s’agissait d’une vente immobilière avec transfert de propriété immédiat et constitution d’une rente viagère en paiement du prix de vente. La chambre commerciale de la Cour de cassation refuse au vendeur à tempérament la possibilité de se prévaloir des échéances postérieures au jugement d’ouverture pour mettre en œuvre une clause résolutoire au motif que, le transfert de propriété ayant eu lieu avant le jugement d’ouverture, le contrat n’était plus en cours. La Cour d’appel avait au contraire accepté la mise en œuvre d’une clause résolutoire prévue au contrat au motif que les échéances postérieures au jugement d’ouverture étaient restées impayées. Les juges du fond avaient donc appliqué la date d’exigibilité au lieu de la date de naissance de l’acception économique de la créance. En l’espèce, la créance économique de prix de vente était née dès le jour du contrat, dès le jour du transfert de propriété de l’immeuble, contrepartie du prix de vente. Les termes postérieurs de paiement de la créance juridique de prix ne constituaient que des dates d’exigibilité successives. L’arrêt est cassé au motif que la propriété avait été transférée, pleine et entière, avant le jugement d’ouverture.

B. Dangers d’une confusion des concepts

737. Le risque de confusion provient d’une proximité potentielle et ponctuelle des dates véhiculées par les deux notions (1), que ce soit la date de naissance de la créance économique ou la date d’exigibilité de la créance juridique. Il n’est donc pas surprenant que ce risque se soit déjà réalisé, ce jusque dans la lettre de certains textes (2).

1/ Le risque de confusion des concepts

738. Les risques d’une confusion de la date de naissance de la créance économique avec la date d’exigibilité de la créance juridique se trouvent accentués par une proximité potentielle des concepts qui se traduit à la fois sur les plans juridique et factuel.

Au plan factuel, il est fréquent que les parties s’assurent d’une certaine exécution trait pour trait alors même que leurs obligations ne peuvent pas s’exécuter suivant un mode identique. Ainsi, dans le bail, l’obligation du bailleur d’octroyer la jouissance de la chose louée s’exécute de façon continue, tandis que l’obligation du preneur de donner la somme d’argent que constitue le loyer ne peut s’exécuter de façon continue. Les parties vont alors naturellement convenir d’un paiement échelonné suivant une fréquence suffisamment importante pour que le paiement du loyer, à défaut d’être continu, soit suffisamment récurrent à des intervalles suffisamment rapprochés. Si en France le paiement du loyer dans un bail d’habitation se fait en principe mensuellement, tel n’est pas nécessairement le cas à

¹ Com. 9 avr. 1991 n°89-18817, P.

l'étranger. En Australie, il est par exemple plus courant de payer le loyer de l'appartement tous les quinze jours.

739. Cette organisation par les parties de leur relation contractuelle semble naturelle. Pour cette raison, l'exécution trait pour trait peut être vue comme un principe de droit naturel¹. Il s'ensuit que ce principe naturel se retrouve également dans les dispositions textuelles.

En matière de vente², il est possible de retrouver l'exécution trait pour trait à l'article 1651 du Code civil qui dispose qu'à défaut de clause contraire « *l'acheteur doit payer au lieu et dans le temps où doit se faire la livraison* ». La jurisprudence en déduit que, « *sauf convention particulière, l'obligation pour l'acheteur de payer le prix de vente résulte de l'exécution complète par le vendeur de son obligation de délivrance* »³. Ainsi, en cas de vente comportant des livraisons successives, l'acquéreur est en droit d'attendre la dernière livraison avant de payer le prix⁴.

Lorsque l'exécution de la prestation se fait nécessairement sur la durée, la loi peut inciter les parties à un paiement échelonné à mesure de son avancement. Par exemple, dans la vente en l'état futur d'achèvement, l'article 1601-3 du Code civil dispose que l'acquéreur est tenu de « *payer le prix à mesure de l'avancement des travaux* », le transfert de propriété s'opérant d'après le même article « *au fur et à mesure de l'exécution* ».

740. Cette proximité naturelle peut emporter une confusion de « l'échu » et « du couru » qui se retrouve parfois en droit des entreprises en difficulté. Cette confusion et cette hésitation entre les deux dates ressortent particulièrement dans un arrêt du 3 avril 2001⁵ où la chambre commerciale de la Cour de cassation utilise une terminologie qui relève à la fois de la créance économique et de la date d'exigibilité. Rejetant le premier moyen, l'arrêt énonce que le bailleur peut bénéficier du privilège de procédure « *pour le paiement des loyers afférents à la période allant de l'ouverture de la procédure collective* » jusqu'à la restitution des lieux. Mais rejetant le second moyen, l'arrêt énonce que ce bailleur « *peut exercer librement son droit de poursuite individuelle pour obtenir le paiement des créances échues* » après le jugement d'ouverture de la procédure.

2/ La réalisation du risque de confusion des concepts

¹ D'après Benoît GRIMONPREZ, ce principe nous serait venu du droit allemand (BGB, § 320) et aurait été transposé en droit français par SALEILLES ainsi que par AUBRY et RAU (B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ 2006, p. 87, n°140). L'auteur montre que ce principe peut s'induire du régime des contrats spéciaux qui en font grand usage. Il justifie ce principe par la théorie de la cause au stade de l'exécution, qui justifie une exécution trait pour trait et non pas une naissance des obligations au stade de l'exécution du contrat (n°148 et 154).

² J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente, Traité des contrats*, LGDJ 1990 n°1084.

³ En chapeau, au visa des art. 1604 et 1651 du Code civil. Il s'agissait d'un achat de matériel pour la Guadeloupe et la métropole, le fournisseur avait refusé la livraison d'un argument cardinal et invoquait l'exception d'inexécution, le défaut de paiement du prix, argument suivi par la Cour d'appel censurée par cet arrêt au motif que l'élément qui faisait encore défaut était ici essentiel.

⁴ CA Rennes 22 avr. 1931, Rec. Rennes 1993, 446.

⁵ Com. 3 avr. 2001, n°98-13657, P, la cassation était prononcée pour sur un point qui n'intéresse pas notre problématique.

741. Pour la détermination des créances bénéficiant du privilège de procédure, nombre d'arrêts font usage de la date d'exigibilité au lieu de la date de naissance de la créance économique¹. Il est vrai que les dates considérées peuvent être assez proches si bien que le différentiel économique généré par l'application de l'une ou de l'autre n'est pas conséquent. Par exemple, il peut être confortable de prendre la date d'échéance d'un loyer mensuel au lieu de ventiler ce mois de loyer lorsqu'un jugement d'ouverture est intervenu en cours de période. Cela ne prête peut-être pas à conséquence sur le plan pratique, mais cela pose un **problème sur le plan de la théorie du droit**, car cela génère une **confusion** entre les concepts de **naissance de la créance** et **d'exigibilité** de la créance dans la mesure où le mécanisme fait application d'un critère de date de naissance d'une créance et où la jurisprudence applique la date d'exigibilité.

742. La confusion entre la date de naissance de la créance économique et la date d'exigibilité peut également se retrouver dans les textes comme en matière d'imposition des rémunérations issues de contrats à exécution successive. L'art. 38-2 bis dispose que les produits sont rattachés à la date de livraison des biens ou à la date d'achèvement des prestations pour les services, mais lorsque la prestation s'étale sur plusieurs exercices successifs, ces « *prestations continues (...) et (...) discontinues, mais à échéances successives échelonnées sur plusieurs exercices* » sont imposées « *au fur et à mesure de l'exécution* ». À la lecture de l'article, comme il est fait référence à un échelonnement, une confusion a pu s'opérer entre l'étalement de la prestation et l'étalement du paiement du prix. La créance économique constitue la base d'imposition, c'est donc la date d'exécution de la prestation qui importe, la date d'exigibilité étant en réalité indifférente ici. L'administration a ainsi dû rappeler que la notion d'échéances successives a trait au seul fractionnement des prestations dans le temps et non pas aux modalités de paiement². Et le Conseil d'État a quant à lui dû rappeler que les facturations et paiements fractionnés ne constituent qu'un simple indice d'une prestation discontinue.

D'autres textes qui confondent l'échu et le couru peuvent être cités en exemple. Ceux-ci se réfèrent à la date d'exigibilité alors qu'il devrait s'agir de la date de naissance de la créance économique.

En matière d'assurance, l'art. L. 121-10 dispose que celui qui aliène le bien assuré reste tenu du « *paiement des primes échues, mais (...) est libéré, même comme garant des primes à échoir, à partir du moment où il a informé l'assureur de l'aliénation* ». Ce ne sont pas les primes échues, mais les primes courues qui devraient être utilisées ici. Cela s'impose d'autant plus que les primes ne sont généralement pas payables mensuellement, mais annuellement, de telle sorte que le décalage économique peut être très important³.

¹ Req. 16 avr. 1904, S. 1905, I, 505 PERREAU. Paris 31 mars 1908, S. 1908, II, 281, Lefort, D. 1910, 2, I, PERCEROU, au sujet d'une police d'assurance qui continue de produire ses effets durant la procédure, mais dont les « primes échues après la déclaration de faillite » constituent une créance dans la masse. La doctrine n'échappe pas à l'utilisation de l'approximation, en 1926 Henri CARRIE désignait aussi les créances postérieures par la date d'exigibilité (H. CARRIE, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. 1926, p. 121). Plus récemment, par exemple, com. 2 mars 1999, n°96-19743, inédit la résolution n'est possible que pour défaut de paiement des sommes « *échues* » après le jugement d'ouverture.

² Mémento Pratique Francis Lefebvre Fiscal 2012, n°795. D. adm. 4 A-212 n°22. Instr. 22 août 1994, BOI 4 A-11-94, au sujet de la prestation d'un cabinet d'expertise comptable. Dans le même sens au sujet d'un Centre de Gestion Agréé. Voir également pour une application, CAA Bordeaux 20 mai 1997 n°95-198, DF 1997, 1137.

³ Prendre en compte l'exigibilité impliquerait que l'assuré qui informe son assureur au lendemain de la date d'échéance doit malgré tout verser la prime correspondant à l'année entière. Prendre en compte le couru implique qu'il ne doive que la portion de prime courue au jour de l'opposabilité du décès ou de la cession à l'assureur. Cette solution s'impose en outre au regard de la

De même, en matière de remboursement anticipé de prêts, les textes visent l'échéance alors qu'une fois encore il devrait s'agir du couru, de la créance économique et non pas de l'exigibilité de la créance juridique. L'art. L. 312-22 du Code de la consommation prévoit en effet, en cas de défaillance non régularisée du remboursement d'un prêt immobilier, la résolution, le remboursement du capital et le paiement des intérêts « échus » et non pas courus.

743. Au plan pratique, **c'est lorsque le différentiel économique prend de l'ampleur que le danger d'une confusion des concepts se manifeste avec acuité.** Un arrêt du 28 mai 2002¹ permet d'illustrer ce différentiel économique. Il s'agissait d'un crédit-bail immobilisé payable semestriellement dont le montant des redevances semestrielles atteignait près de 800.000 F. L'ouverture de la procédure était intervenue pour ainsi dire en milieu de période. La Cour d'appel avait appliqué la date d'exigibilité et était en cela critiquée par les parties. L'arrêt d'appel est cassé, la Cour de cassation appliquant la date de naissance de la créance (économique) au fur et à mesure de la jouissance octroyée et non pas aux dates d'échéances, c'est le rejet de la thèse périodique que nous avons déjà abordé. Entre la prise en compte de la date d'exigibilité et celle de la date de naissance de la créance économique, l'écart financier était particulièrement important. Il s'élevait à 600.000 F environ. Cela valait la peine d'exiger une ventilation de l'échéance par un calcul de proportionnalité, quitte à devoir aller devant la Cour de cassation pour l'obtenir.

Une confusion moins flagrante de la date de naissance de la créance économique avec une autre date apparaît en matière de revenu où la date de perception est parfois à tort utilisée comme substitut de la date de naissance de la créance économique, « le perçu » au lieu « du couru ».

§ 2 : La perception des revenus

744. Comme pour l'exigibilité, le critère de perception se comporte en mauvais substitut de la date de naissance de la créance économique, du fait de l'absence de prise de conscience quant à l'existence de ce concept. Parce que les revenus constituent le plus souvent une créance économique par nature (A), ce n'est pas leur date de perception qui commande leur consolidation économique, mais la date de naissance de la créance économique qu'ils représentent, une naissance au fur et à mesure de la prestation déployée pour les obtenir. La date de perception est pourtant fréquemment utilisée en matière de revenus alors que ce devrait être la date de naissance économique (B).

A. La qualification de créance économique appliquée aux revenus

théorie de la cause. À tout le moins faudra-t-il reconnaître au vendeur ayant acquitté une année de prime bénéficiant à l'acquéreur un recours récursoire contre ce dernier.

¹ Com. 28 mai 2002, n°99-12275, P, *LPA* 2002, n°253, p. 18, note J.-L. COURTIER, *D.* 2002, 2124, A. LIENHARD.

745. Dans le sens le plus courant de leur utilisation, les revenus correspondent à une créance économique par nature (1). Tous les revenus ne constituent cependant pas des créances économiques, le contre-exemple des dividendes peut être donné. Ceux-ci ne naissent pas au fur et à mesure de la constitution du bénéfice qui en forme la substance (2).

1/ Les revenus généralement constitutifs d'une créance économique

746. Entre les revenus et la créance économique, il y a point de contact sans qu'il y ait pour autant identité. **Les revenus à titre onéreux sont des créances économiques.** Mais tout revenu n'est pas une créance économique puisqu'il existe des revenus à titre gratuit¹. Et toutes les créances économiques ne sont pas des revenus. Notamment, toutes les créances économiques ne sont pas périodiques, que ce soit la créance de prix de vente qui naît au jour de la livraison ou encore la créance de prix de vente d'une prestation de service. Or la périodicité constitue l'un des caractères nécessaires de tout revenu dégagé par Sébastien Robinne dans sa thèse consacrée à l'étude de cette notion.

747. **Les revenus** incarnent une notion à coloration hautement économique. Dans sa thèse sur les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille, Anne Chamoulaud-Tapiers² évoque la « *double fonction économique* » des revenus en expliquant qu'ils ont non seulement vocation à être consommés, mais qu'ils sont également une source d'enrichissement. Présente dans toutes les branches du droit civil patrimonial et de plus en plus utilisée³ sans être définie pour autant. Ni la notion ni le régime ne sont clairement posés. Quant à l'étymologie, du latin « *revinere* », revenir, la notion implique une certaine répétition, une certaine pérennité. Quant au régime, Carbonnier⁴ soulevait déjà que les revenus avaient un statut particulier du fait qu'ils « *ont physiquement moins de consistance, économiquement moins de valeur et qu'ils sont socialement destinés à être dépensés* ». Dans sa thèse consacrée à l'étude du concept de revenus, Sébastien Robinne⁵ démontre qu'il s'agit d'une véritable catégorie juridique permettant de transcender la diversité de ses sources et disposant

¹ La justice distributive implique l'existence de revenus qui ne sont pas la contrepartie d'une prestation telles que, pêle mêle, par exemple, l'indemnité d'assurance maladie destinée à remplacer les revenus perdus en cas d'arrêt maladie, les allocations chômage, une pension alimentaire, une pension de guerre (Civ. 1, 8 juill. 2009, n°08-16364, P, *JCP G* 2009 n°44 p. 41, chr. P. SIMLER), le RSA, ou encore une rente viagère servie par la sécurité sociale ou par une assurance des suites de la survenance d'un risque telle une invalidité,... Se référant à la définition que donne le droit comptable de notre concept, une valeur économique sans contrepartie future, il est possible de relever que, dès l'origine ces revenus à titre gratuit naissent économiquement puisqu'ils surviennent sans qu'aucune contrepartie future ne soit prévue, unilatéralement. N'ayant pas de divergence dans les dates de naissance des acceptions économique et juridique, ces revenus ne présentent que peu d'intérêt du point de vue de l'étude. Comme il a déjà été soulevé, l'intérêt est tout théorique, pour comprendre qu'ils peuvent eux aussi être appréhendés par un mécanisme juridique mettant en œuvre le critère de date de naissance de la créance économique. Mais ils n'entrent cependant pas dans les créances dont la résolution de la controverse quant à la date de naissance est recherchée à titre principal, la date de naissance de la créance de prix exprimée en argent d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. Seule la créance de revenus à titre onéreux entre dans ce giron.

² A. CHAMOULAUD-TAPIERS, « Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille », PULIM, th. 1999, p. 285 s. l'auteur explique ainsi le phénomène qu'elle constate de recul en droit positif de la présomption de consommation des revenus.

³ S. PIEDELIEVRE, « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », *Rev. dr. prospectif*, 1994, p.75, n°1. Le terme de « revenu » était cité à neuf reprises par le Code de 1804, à vingt-trois reprises aujourd'hui.

⁴ CARBONNIER, *Les biens*, Puf 1956, réed. 2004, n°722.

⁵ Sébastien ROBINNE, Contribution à l'étude de la notion de REVENUS en droit privé, PUP, th. 2003, n°373 s.

d'un régime spécifique¹. Fruit de son travail, l'auteur définit les revenus comme l'ensemble des valeurs pécuniaires périodiques ou potentiellement renouvelables d'une personne.

748. Quant au **régime de la créance de revenus**, il est possible de relever une particularité que nous avons déjà notée pour la créance économique, une résistance à l'extinction. Les revenus perçus et déposés sur un compte courant sont en principe éteints, ils sont payés, le créancier titulaire des revenus est satisfait. Pourtant, la créance de revenus continue d'avoir une incidence, à planer sur les avoirs en compte qui n'en sont que la résultante. En régime de communauté, Philippe Simler soulève qu'il est dangereux de permettre la saisie des comptes comportant une accumulation, parfois de plusieurs années, des revenus du couple². Pourtant, ces revenus ne devraient plus exister en tant que tels. Payés, ils sont éteints et constituent dorénavant des avoirs en compte commun en tant que biens meubles et non plus en tant que revenus. Leur saisie par les créanciers personnels n'est due qu'à la conservation de l'empreinte des revenus sur les sommes détenues en compte. En cela, les revenus survivent à leur extinction. C'est là une caractéristique de la créance économique, un outil informatif, et non pas un droit subjectif personnel. L'acception économique de la créance de revenus peut donc survivre à l'extinction par paiement, car l'information qu'elle porte et qui seule importe conserve toute son utilité.

749. Il ne fait aucun doute que **les fruits civils** entrent dans la définition des revenus³ dressée par M. Robinne. De ce point de vue, les fruits seraient même l'archétype des revenus puisqu'ils sont précisément définis par le Code civil. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation transpose aux revenus une partie du régime des fruits en considérant que tout revenu participe de la nature des fruits⁴.

Comme le définit Sébastien Robinne, les revenus sont des « valeurs pécuniaires ». Or cette notion se retrouve pour la créance économique. Celle-ci repose nécessairement dans une obligation monétaire sans qu'elle s'y identifie toutefois, d'où l'expression atypique et peu juridique de « valeur pécuniaire ». Lorsqu'une contrepartie existe, la valeur provient de la production de cette dernière, il y a identité entre la notion de revenus et l'acception économique du droit au revenu, les revenus constituent une créance économique.

750. La lecture de certains Auteurs de renom conforte cette corrélation entre les revenus à titre onéreux et la créance économique. En effet, ces auteurs laissent entrevoir une **distinction entre le droit aux revenus, qui correspond en réalité à la créance juridique, et les revenus eux-mêmes qui correspondent quant à eux à la créance économique**.

¹ Ce régime réside en deux axes, une libre disposition a priori, leur nature s'opposant à toute contrainte d'utilisation, et une protection a posteriori évitant qu'ils ne soient dissipés ou détournés.

² P. SIMLER, « De quelques insuffisances du régime matrimonial légal », in *Le droit patrimonial de la famille, réformes accomplies et à venir, journée Capitant*, 15 oct. 2004, Dalloz 2006, spéc. p. 7 et 8.

³ E. AUBERT, *Des fruits civils*, th. 1907, spéc. p. 21 : « les fruits civils sont des revenus ».

⁴ Au sujet de dividendes, par un obiter dictum, au sujet des dividendes, com. 5 déc. 2000, n°98-12913, inédit, pour appliquer à la vente de parts sociales l'article 1652 du Code civil, la soumission de l'acquéreur d'une chose productive de fruits ou de revenus, n'ayant pas payé le prix, à verser des dividendes. La précision que les dividendes participent de la nature des fruits n'était pas nécessaire puisque l'article mentionne, outre les fruits, les autres revenus, et la cour qualifie déjà de revenus les dividendes.

Aubry et Rau¹ vont dans ce sens lorsqu'ils définissent les fruits comme des « *sommes ou prestations dues par un tiers, en vertu d'une obligation ayant pour cause la jouissance de la chose...* ». Les fruits sont le résultat d'une obligation, sa production. C'est que, comme le remarquait Edmond Aubert en 1907, les fruits résultent nécessairement d'un contrat, généralement un contrat de mise à disposition de la chose, par exemple, de l'immeuble pour les loyers, du capital pour les intérêts. Les fruits ne sont pas stricto sensu le produit d'une chose. Comme le remarquait Demolombe², il y a ellipse, car l'existence de fruits supposera toujours l'intermédiation d'un contrat de mise à disposition à titre onéreux de la jouissance de la chose. Or la jouissance octroyée fait naître la créance économique tandis que la jouissance promise ne fait naître que la créance juridique. Autrement dit, le contrat de mise à disposition fait naître la créance juridique de loyers qui n'est autre qu'un droit à la créance économique future, qu'un droit aux fruits. Ainsi, lorsque les auteurs observent que les fruits sont toujours perçus via un contrat, via des droits personnels³, c'est de créance juridique dont il est question. Les fruits civils constituent donc bien la créance économique générée par la mise en œuvre, l'exécution des créances juridiques prévues au contrat de mise à disposition du bien objet de l'usufruit.

751. Ce raisonnement appliqué précédemment aux revenus du capital peut être étendu à tous les revenus perçus en échange d'une contrepartie, **tous les « revenus à titre onéreux »**. Ces revenus constituent des créances économiques par nature générées par une créance juridique qui leur est antérieure, le droit subjectif personnel de percevoir ces revenus. Par exemple, pour les revenus du travail, la créance économique de revenus naîtra au fur et à mesure de l'exécution du travail ou de la mise à disposition de la force de travail, une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la contrepartie.

752. Cette corrélation, entre la notion de revenus et la notion de créance économique présente un intérêt pour déterminer dans quelles hypothèses il faut appliquer la créance économique, pour opérer la distinction entre les créances économique et juridique. Cela n'aurait pas d'intérêt de faire émerger le concept sans donner les critères permettant de savoir quand il s'agit de créance juridique et quand il s'agit de créance économique, leurs dates de naissance n'étant parfois pas identiques. Lorsque les textes considérés feront référence à la notion de revenus, c'est nécessairement de l'acception économique de la créance qu'il sera question ainsi que de sa date de naissance au fur et à mesure de l'exécution de la contrepartie. Mais il faut que les revenus soient la contrepartie de quelque chose, qu'ils soient acquis à titre onéreux, à défaut de quoi il ne saurait y avoir une créance économique au sens où nous l'avons définie. Or les revenus ne sont pas toujours la contrepartie de quelque chose, ils sont parfois octroyés à titre gratuit.

753. Du fait de cette nature économique de la créance de revenus, le critère de date de naissance de la créance économique s'appliquera naturellement pour les appréhender. C'est donc par une erreur

¹ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 2, p. 288, 5^{ème} éd.

² DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 3^{ème} éd. 1866, t. X, n°270 : « Une maison, par exemple, ne produit pas des loyers, pas plus qu'un capital ne produit des intérêts ; mais on peut louer une maison, ou prêter un capital, et c'est ainsi que les loyers et les intérêts deviennent, en quelque sorte, les fruits de la maison ou du capital, dont ils représentent l'usage et le service... ».

³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2^e éd. 2010, n°246.

trouvant sa source dans l'ignorance du concept de créance économique que le législateur se réfère parfois à la date de perception des revenus alors que devrait utiliser leur date de naissance économique¹. Tel est le cas en droit des régimes matrimoniaux pour la qualification de bien commun des revenus du couple, tant de leur industrie que de leurs biens propres. Il y a en la matière **confusion entre « le perçu » et le « du couru »**.

Il est des revenus particuliers qui ne revêtent pas la nature d'une créance économique. Ces revenus présentent toutefois des difficultés de qualification qui ne sont pas spécifiques au concept nouveau de créance économique. Il convient de ne pas éluder cette difficulté, mais de la résoudre en procédant à l'analyse de ces revenus particuliers que sont les dividendes.

2/ Les dividendes non-constitutifs d'une créance économique

754. Encore faut-il bien **identifier la contrepartie des revenus** pour déterminer s'il y a revenus à titre onéreux et créance économique. Les dividendes n'ont en réalité pas de contrepartie directe, ils ne sont que la conséquence de la titularité des parts sociales. Le prix versé pour obtenir lesdites actions n'est pas la contrepartie des dividendes, il n'y a aucun rapport de corrélation objectif ou subjectif entre le prix et les dividendes, simplement l'aptitude à générer des dividendes pourra-t-elle être prise en compte pour fixer le prix des titres. La contrepartie du prix des actions n'est autre que le transfert de propriété desdites actions.

Les dividendes ne constituent donc pas une créance économique, ils ne naissent pas au jour le jour, plus précisément ils ne naissent pas économiquement au fur et à mesure que le bénéfice croît. Les dividendes ne s'identifient pas avec le bénéfice. La remarque est importante une confusion pourrait surgir entre le bénéfice et les dividendes, les seconds ne constituant que la distribution des premiers, on pourrait penser qu'il y a identité. Ce serait oublier qu'il y a entre les deux une barrière importante, la personnalité juridique de la personne morale. Tandis que les bénéfices de l'entreprise naissent sur la tête de l'entrepreneur, les bénéfices d'une personne morale ne naissent pas sur la tête des associés, mais sur celle de la société qui les génère. Le créancier n'est pas le même, dans un cas la personne physique, dans l'autre cas la personne morale.

755. Les bénéfices peuvent recevoir une acception économique, car ils font usage dans leur détermination du concept de créance économique. Mais le créancier n'est pas l'associé, c'est la personne morale exerçant juridiquement l'activité. Si le bénéfice est constitué de l'agglomération des créances et des dettes économiques d'un exercice et naît donc selon les modalités de la créance économique, au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation, tel n'est pas le cas des dividendes, ces derniers ne naissent qu'à la date de l'AGO qui décide de leur distribution, leur date d'exigibilité pouvant être reportée, essentiellement pour des raisons de trésorerie par la même Assemblée.

¹ Cf. infra n°761 et s.

756. Les dividendes participent certes de la nature des fruits comme le rappelle fréquemment la Cour de cassation, leur appliquant en partie le régime de ces derniers. Ainsi, avant la réforme de 2008 du droit de la prescription, les dividendes se voyaient appliquer le régime de la prescription quinquennale de l'ancien article 2277¹. Et en cas de défaut de paiement, le prix de vente des actions se voyait appliquer le taux d'intérêt légal prévu à l'article 1652 du Code civil, car ces actions génèrent des revenus². La Cour de cassation n'affirmait jamais explicitement que les dividendes étaient des fruits civils. Ce sont essentiellement les pourvois³ et la doctrine⁴ qui l'affirmaient. Il faut bien reconnaître que l'arrêt du 5 octobre 1999⁵ de la Cour de cassation peut être interprété dans ce sens puisque la cassation est prononcée pour violation de la loi au visa des articles 1652 et 589 du Code civil, ce dernier concernant exclusivement les fruits civils.

Mais les dividendes ne sont pas des fruits civils, car ils n'ont pas la nature de ces derniers et ils n'empruntent pas leur date de naissance, une naissance au jour le jour. Leur naissance ne survient même pas au fur et à mesure de la croissance du bénéfice distribuable, cette croissance n'étant en réalité absolument pas continue. L'acquisition jour par jour constitue un trait caractéristique marquant la nature des fruits civils, elle est le signe qu'il s'agit d'une créance économique, contrairement au texte et à l'interprétation doctrinale, elle n'est pas fictive, mais naturelle, elle est la date de naissance naturelle d'une créance économique, en l'espèce la créance économique de fruits civils.

La jurisprudence précitée sur l'article 1652 va elle-même en ce sens, il convient de le souligner. L'arrêt précité du 5 octobre 1999 énonce bien que ce sont « *les sommes qui (...) sont (...), après décision de l'assemblée générale, réparties entre les actionnaires* », qui « *participent de la nature des fruits* ». Les sommes doivent être distribuées pour la raison qu'elles doivent exister pour participer de la nature de quoi que ce soit, autrement dit pour se voir attribuer un régime quelconque, même partiel.

Pléthore d'autres arrêts dont la solution en dépend vont également dans ce sens. Les dividendes ne naissent pas au fur et à mesure de la constitution du bénéfice, ni même au fur et à mesure de l'écoulement du temps. Ils naissent instantanément au jour de l'AGO, et n'existent aucunement avant. Le prétendu concept de germe n'est pas même évoqué ici et s'il l'était, il devrait être critiqué. Ainsi, le cédant n'a pas droit aux bénéfices acquis avant la cession⁶ et qui n'avaient pas été distribués au jour de celle-ci. Le cessionnaire ne doit pas lui en rembourser la quote-part. L'associé démissionnaire de la société civile, ainsi que ses héritiers, suite au décès de l'associé peu de temps

¹ L. TOPOR, « La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du Code civil », *RTD civ.* 1986, p. 1.

² Com. 5 oct. 1999 n°97-17377, P, *RTD com.* 2000, 138, *Def.* 2000 n° p. 40, P. LE CANNU, Com. 5 déc. 2000, n°98-12913, inédit.

³ Voir par exemple le pourvoi de l'arrêt de principe, com. 23 oct. 1990, n°89-13999, P, *D.* 1991, 173.

⁴ JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1938, n°1898.

⁵ Com. 5 oct. 1999, P, *RTD com.* 2000, 138, préc., cassation de l'arrêt d'appel qui refuse d'appliquer l'intérêt légal prévu par l'art. 1652 au prix de vente au motif que les parts sociales ne sont pas des choses frugifères puisque les dividendes ne présentent pas les caractères de fixité et de périodicité des fruits civils.

⁶ Com. 14 déc. 2010 n°09-72267, inédit, cassation au visa des art. L. 232-11 et L. 232-12 du code de commerce, « *les bénéfices réalisés (...) ne participent de la nature des fruits que lors de leur attribution sous forme de dividendes, lesquels n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé* ». Mais, en principe, le cédant n'y perd pas car le bénéfice en cours constitue un actif au cours des négociations, qui s'incorpore à la valeur patrimoniale de la société et se trouve par conséquent pris en compte dans la valorisation des titres (com. 28 nov. 2006, n°04-17486, P). Autrement dit, si le cédant n'a pas directement droit aux bénéfices en cours de constitution, il y a droit indirectement à travers la fixation du prix des titres.

après, n'ont pas droit aux bénéfices acquis avant la démission¹, car ceux-ci n'avaient aucune existence juridique puisqu'ils n'avaient pas encore été distribués au jour de la démission. L'héritière n'a pas à restituer à la légataire la part de bénéfice acquis depuis la demande de restitution du legs, car, encore une fois, seules les sommes distribuées participent de la nature des fruits donnant lieu à restitution par le possesseur sommé de restituer². Enfin, le bénéfice accumulé avant décès n'a pas à être réintégré à l'assiette des droits de succession dès lors qu'aucune distribution n'était intervenue au jour du décès³.

Peut-être est-ce aussi pour cette raison que Messieurs Terré et Simler, ainsi que M. Storck, énoncent incidemment que, si les dividendes sont des fruits⁴, il ne va pas de soi qu'il s'agisse de fruits civils⁵. Le fait est que le régime appliqué ne commande pas nécessairement qu'il s'agisse de fruits civils. L'ancien article 2277 ne visait pas expressément des « fruits civils » et, s'il donnait des exemples constitutifs de fruits civils, ne se cantonnait pas à eux seuls et relevait « *généralement de tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts* », de telle sorte que son domaine s'était tant élargi qu'il en était devenu « *particulièrement flou* »⁶. Et l'article 1652 précité ne vise pas les fruits civils uniquement, mais les fruits de façon générale et vise également tous « autres revenus », de telle sorte que qualifier les dividendes de revenus suffirait, d'autant qu'ils entrent dans la définition des revenus établie par Sébastien Robinne dans sa thèse sur cette notion⁷. Finalement, il n'est qu'une chose qui implique peut-être de se référer aux fruits, leur acquisition à l'usufruitier et non pas au nu-propriétaire. Mais cela n'impose pas qu'il s'agisse de fruits civils.

757. Contre toute attente et après analyse, les dividendes ne sont pas des fruits civils. Ce sont des fruits naturels. Leur vitalité représente en effet un obstacle insurmontable à toute qualification des dividendes en fruits civils. L'autonomie n'est pas concevable tant que le produit ne s'est pas détaché de sa source vivante. Comme le veau dans le ventre de sa mère ou les blés qui n'ont pas encore été fauchés⁸, le bénéfice est incorporé à la substance de la société avant sa distribution, il n'est pas distinct de la société elle-même, seuls les dividendes s'en détachent par la décision de l'organe représentatif habilité par le statut légal, l'AGO.

Comme le remarquait Demolombe⁹, cette incorporation substantielle à la source constitue une caractéristique des fruits naturels qui les distingue des fruits civils. En effet, les loyers ou intérêts,

¹ Civ. 17 février 2004, n°00-11870, inédit.

² Com. 23 oct. 1984, n°82-12386, P.

³ Com. 23 oct. 1990, n°89-13999, D. 1991, 173, Y. REINHARD, « *c'est la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice sous forme de dividendes qui confèrent à ceux-ci l'existence juridique, d'où il suit que la créance de dividendes n'existait pas à la date du décès et ne pouvait donc faire partie de l'actif successoral* ».

⁴ En ce sens également, CERATI-GAUTHIER, *Lamy droit des affaires* février 2007 p. 10, « *Les dividendes sont toujours des fruits* ».

⁵ TERRE et SIMLER, *Les biens*, n°15 et n°814. M. STORCK, *RTD com.* 2000, 138, note sous com. 5 oct. 2000.

⁶ L. TOPOR, « La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du Code civil », *RTD civ.* 1986,1.

⁷ Th. préc., l'auteur définit les revenus comme l'ensemble des valeurs pécuniaires périodiques ou potentiellement renouvelables d'une personne. Le « *potentiellement* » lui permet de faire rentrer les dividendes dans cette catégorie car ils ne sont pas nécessairement réguliers puisqu'ils dépendent à la fois de l'existence d'un bénéfice distribuable et d'une absence de besoin d'autofinancement à hauteur desdits bénéfices et de la décision de l'AGO de ne pas les conserver en réserve et donc de les distribuer.

⁸ Contra l'art. 585 de l'avant-projet Catala de réforme du droit des biens qui dispose que les blés à maturité en fin d'usufruit appartiennent à l'usufruitier, sans qu'ils aient besoin d'être coupés. Mais l'on a déjà critiqué l'avant-projet quant à sa perception de la notion de fruits.

⁹ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd. 1866, t. X, n°270.

fruits civils topiques, ne surgissent pas en dedans de l'immeuble ou du capital¹, mais en dehors, en vertu du contrat de bail ou de prêt à intérêt. Ces fruits civils sont *ab initio* parfaitement distincts, séparés de la chose à l'occasion de laquelle ils prennent naissance, contrairement aux fruits naturels. La décision d'AGO fait donc office de cueillette aléatoire. Les dividendes sont des fruits naturels et non pas civils.

Certaines solutions jurisprudentielles peuvent être citées pour illustrer cette incorporation à la source. Il en résulte que la mise en réserve des bénéfices par l'usufruitier ne constitue pas une donation de celui-ci au nu-propiétaire, car l'usufruitier n'avait aucun droit sur les bénéfices tant que l'assemblée générale n'avait pas décidé de leur distribution². Mais surtout, l'époux qui détient les titres propres peut décider de ne pas opérer de distribution afin d'éviter que les fonds ne deviennent acquêts de communauté, il les place alors en réserve ou procède à une augmentation de capital à titre gratuit, ce qui lui permet légalement, en prévision d'une séparation, d'éviter que son conjoint n'en acquiert la moitié par l'effet de la communauté légale³.

758. Pour les raisons précitées, c'est à tort pensons-nous que l'avant-projet Catala de réforme du droit des biens propose en son article 585 d'étendre le mode d'acquisition des fruits civils aux dividendes : « *Les revenus procurés par les biens, tels que les loyers, intérêts et dividendes dont la distribution a été votée, s'acquièrent jour par jour* ». Les rédacteurs avaient-ils conscience que l'acquisition des dividendes jour par jour se trouve nécessairement rétrospective, car elle est antérieure à l'AGO exigée par le texte qui leur donne naissance ? En outre, l'article n'est pas en cohésion avec l'art. 601 du projet qui prévoit que « *les dividendes distribués à titre de revenus appartiennent à l'usufruitier* » sans aménager une acquisition au jour le jour alors que c'est là l'une des utilités essentielles de la question, répartir entre usufruitier et nu-propiétaire.

Les dividendes ne peuvent pas « s'acquérir jour par jour », car ce mode d'acquisition n'est pas fictif. Il constitue la date de naissance naturelle d'une créance économique, de la créance économique de fruits civils. Or, les dividendes n'ont pas cette nature de créance économique, ce sont des fruits naturels qui jaillissent uns et entiers au jour de leur séparation de la personne morale dont ils sont issus au profit de ses associés. Les fruits naturels n'ont pas la nature de créance économique, quand bien même prendraient-ils en l'espèce la forme d'une somme d'argent. L'article 585 illustre cette date de naissance des fruits naturels qui sont acquis à la personne ayant le droit à usufruit au jour de leur séparation du bien. Il est fréquemment fait référence à la perception, mais il ne s'agit en réalité pas de perception, car les blés fauchés mais non encore ramassés sont malgré tout perçus, acquis à l'usufruitier, pour la raison qu'ils sont déjà séparés de la terre dont ils sont issus. Cette approximation par la date de perception de la date de naissance des fruits civils, nous pouvons aussi la retrouver pour la créance économique en matière de communauté légale où la perception élude cette fois-ci la date de naissance de la créance économique de revenus qui sont, en droit des régimes matrimoniaux, les revenus du travail, l'industrie personnelle des époux, et les revenus du capital, les fruits générés par les biens propres des époux.

¹ E. AUBERT, Des fruits civils, th. 1907p. 15 s. : car la chose, à l'occasion de laquelle les fruits civils sont perçus, est incapable par sa nature de produire d'une façon directe ce qu'on appelle à proprement parler des fruits.

² Com. 10 févr. 2009 n°07-21806, P et 07-21807, inédit et com. 31 mars 2009, n°08-14053, inédit.

³ Civ. 1, 12 déc. 2006, n°04-20663, P.

759. Les dividendes ne constituent pas une créance économique de revenus. Il n'est pas même évident que la qualification de revenus soit adaptée les concernant. Cela dépend de la définition et des caractères de la catégorie des revenus qui varie sans doute d'une branche à l'autre selon le régime qui leur est attribué. La créance est à naissance instantanée. Ne s'agissant pas d'une créance économique, la créance de dividendes ne saurait naître successivement. La confusion entre date de naissance de la créance économique et date de perception ne s'y retrouve d'ailleurs pas, ce qui montre là encore qu'il ne s'agit peut-être pas de revenus.

En effet les revenus sont sujets à confusion entre leur date de perception et la date de naissance de la créance économique, la première étant à tort utilisée comme critère en raison de la méconnaissance de la seconde.

B. La confusion de la naissance économique des revenus avec leur perception

760. La méconnaissance du concept de créance économique, conjuguée avec un flou certain des textes applicables en matière de détermination des actif et passif communs, a conduit à se référer à la date de perception des revenus en communauté légale là où en réalité il n'y a lieu que d'appliquer le concept de créance économique et sa date de naissance. Ainsi, si la date de perception des revenus semble demeurer le critère applicable en matière de détermination de leur caractère commun, une fois le faux critère de l'économie écarté (1), la prise de conscience de l'existence de la créance économique implique d'utiliser le critère de la date de naissance de la créance économique de revenus et non pas celui de leur perception (2).

1/ La perception en apparence retenue par le droit positif

761. En régime de **communauté légale**, l'état du droit positif semble faire usage du critère de perception des revenus des biens propres pour déterminer ceux qui doivent entrer en communauté. Les articles 1401 et 1403 du Code civil se réfèrent à l'économie, qui présuppose la perception des revenus. Mais la jurisprudence ayant écarté ce critère controversé¹ de l'économie, le critère de la perception demeure en apparence.

L'article 1403 du Code civil dispose que « *la communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés (...)* » et l'article 1401 énonce que « *la communauté se compose (...) des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres (aux époux)* ». À s'en remettre à la lettre des textes, les revenus des biens propres doivent être perçus puis économisés avant de devenir commun.

762. L'arrêt Authier est venu atténuer cette controverse en écartant, par sa solution, le critère de l'économie des revenus des propres, ceux-ci n'ont pas besoin d'être économisés pour constituer des

¹ Pour un exposé de la controverse et de son évolution historique, A. COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, 12^e éd. LexisNexis, n°606 s.

propres, ce qui ne peut être qu'approuvé eu égard à l'imprécision de la notion d'économie¹, au demeurant peu juridique. Dans cet arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 31 mars 1992², un époux avait financé l'acquisition d'un propre au moyen d'un emprunt dont les annuités avaient été remboursées au moyen de fonds communs. La cour d'appel avait condamné l'époux propriétaire du propre à récompense au profit de la communauté à hauteur du montant total des annuités remboursées au moyen des fonds commun. L'arrêt est cassé, seule la quote-part d'annuité correspondant au remboursement du capital devait donner lieu à récompense, à l'exclusion du montant des intérêts car, motive la Cour, ces derniers sont des impenses dont la communauté doit supporter la charge en contrepartie de la jouissance des propres dont elle bénéficie et des revenus y afférents.

763. Pour la majorité des auteurs, l'arrêt implique le rejet du critère de l'économie pour qualifier de communs les revenus des biens propres, et par conséquent que ces derniers sont communs dès leur origine. Ainsi, Messieurs Champenois³ et Colomer⁴ soulèvent qu'à défaut l'entretien d'un bien propre par l'utilisation des revenus de ce dernier devrait donner lieu à récompense au profit du propriétaire de l'immeuble⁵, « *solution évidemment absurde* ». Rémy Cabrillac⁶ expose quant à lui que le refus du droit à récompense pour le remboursement du capital « *ne se justifiait que si la communauté bénéficiait de la jouissance* ».

Toutefois, s'il est certain que le critère de l'économie est exclu, il n'est pas certain que celui de la perception le soit. Ceci explique que, pour certains auteurs, la question reste floue⁷, « *n'est pas clairement élucidée* »⁸. Ceux-ci considèrent que le critère de la perception des revenus est applicable, que les revenus doivent être perçus pour devenir communs. La Cour d'appel faisait d'ailleurs application du critère de perception dans un arrêt du 22 avril 1982. Isabelle Dauriac adopte très clairement, commentant l'arrêt Authier, l'auteur énonce que « *cette solution milite en faveur de la nature commune des revenus des propres dès leur perception ; seule resterait donc propre la créance de fruits et revenus* ». Il en va de même pour André Colomer qui évoque l'antinomie des solutions entre les revenus du travail et ceux des propres, « *communs dès leur naissance pour les uns, seulement au stade de leur perception pour les autres* »⁹.

¹ R. CABRILLAC, op. cit., n°145.

² Civ. 1, 31 mars 1992, n°90-17212, GA t.1 n°96, G. MORIN, « Qui de la communauté ou des biens propres doit supporter les charges usufruituaires des biens propres ? », in *mél. COLOMER*, 1993, p. 259, *Déf.* 1992, 1121, note CHAMPENOIS. *Déf.* 1993, 545 s. : l'arrêt énonce dans un chapeau interne au visa des articles 1401 et 1403, 1433 et 1437, du Code civil, ensemble les articles 1469 et 1479 du même Code : « *Attendu que la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens ; que, dès lors, leur paiement ne donne pas droit à récompense au profit de la communauté lorsqu'il a été fait avec des fonds communs ; qu'il s'ensuit que l'époux, qui aurait acquitté une telle dette avec des fonds propres, dispose d'une récompense contre la communauté...* ». Pour une redite en des circonstances de fait similaires : civ. 1, 24 oct. 2000, RTD civ. 2001, 650, obs. B. VAREILLE.

³ Note op. cit. p. 1128.

⁴ A. COLOMER, op. cit., n°617.

⁵ Car on utiliserait des propres, les revenus des biens propres non encore économisés, pour payer une charge commune d'après l'arrêt Authier précité.

⁶ R. CABRILLAC, op. cit. n°146, p. 133.

⁷ R. CABRILLAC, op. cit., n°146

⁸ BICHERON, Dalloz action, op. cit., n°133-31.

⁹ A. COLOMER, op. cit., n°616.

C'est au contraire, pensons-nous la comparaison d'avec les revenus du travail qui implique que les revenus des propres soient communs dès leur naissance, mais dès la naissance de leur acception économique, c'est-à-dire dès la naissance de la créance économique de revenus.

2/ La perception écartée pour la naissance de la créance économique

764. Les auteurs ne sont pas toujours très précis sur la date exacte d'acquisition du caractère commun des revenus. Nombre d'auteurs sous-entendent que la solution doit être identique pour les deux catégories de revenus, ceux du travail et ceux des biens propres, mais énoncent qu'ils sont communs dès leur perception¹. En réalité, le Code civil fait preuve de polysémie en la matière, si bien qu'il y a lieu de retenir l'esprit des textes et qu'il faut prendre garde à ne pas trop s'attacher à leur lettre au risque de perdre la cohésion d'ensemble.

C'est l'unité de solution avec les revenus du travail qui s'impose et commande l'utilisation de la date de naissance de la créance économique et non pas celle de la date de perception des revenus (a). Si le Code civil et les auteurs évoquent la date de perception, c'est parce que le véritable critère de la naissance de la créance économique n'est pas encore connu et n'a pas encore été systématisé (b). Pour cette raison, on tâtonne avec des concepts approchants tout en pressentant que telle n'est pas exactement la solution.

a) Analogie avec les revenus du travail

765. La controverse qui a sévi en matière de revenus des biens propres n'a pas eu cours en ce qui concerne les revenus du travail.

La Cour de cassation a en effet dû écarter le critère de l'économie pour les revenus du travail en cassant un arrêt d'appel qui avait refusé un droit à récompense pour le remboursement d'emprunts contractés afin d'acquérir des biens propres au moyen de revenus d'une exploitation agricole, au motif qu'il ne s'agissait pas là d'économies du couple².

Surtout la date de perception des revenus est explicitement rejetée par la Cour de cassation. Un arrêt de **1^{ère} chambre civile du 13 octobre 1993** est généralement cité où la Cour énonce que « *les produits de l'industrie d'un époux sont communs, dès lors qu'ils trouvent leur origine dans son activité antérieure à la dissolution de la communauté, même s'ils sont perçus ultérieurement* »³.

Se référant à « l'activité », cet arrêt fait application de la créance économique de prix du travail, de la rémunération, qui naît au fur et à mesure de l'exécution de la prestation, de l'activité déployée.

¹ CORNU, op. cit., p. 276. BANDRAC, op. cit., n°351.

² Civ. 1, 4 janv. 1995, n°92-20013, P, cassation pour défaut de base légale, reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché si l'origine des fonds et « *spécialement si ces fonds ne provenaient pas de revenus de l'exploitation agricole, lesquels tombaient en communauté bien qu'il s'agisse d'un bien propre du mari* ».

³ Civ. 1, 13 oct. 1993, inédit, n°91-19234, inédit, JCP G 1994, I, 3785, n°2, obs. P. SIMLER. RTD civ. 1994, 926, obs. B. VAREILLE. Il s'agissait des honoraires perçus par l'époux architecte, dont le contrat avait été signé avant divorce, dont l'exécution était à cheval, et dont la facturation et le paiement étaient intervenus après divorce. Philippe SIMLER explique observe qu'il est vraisemblable que l'architecte pratiquait la facturation au fur et à mesure de l'avancement des travaux, mais concède à regrets qu'on ne puisse avoir de « *certitude à la lecture de l'arrêt* ».

Mais la nature commune dès leur origine des revenus du travail fut consacrée dès 1978 par un arrêt qui admettait que le titulaire d'une créance délictuelle sur l'épouse puisse saisir les revenus du mari par leur saisie directe, donc nécessairement dès avant leur perception, lorsque les revenus sont à l'état de créances et non pas de disponibilités¹.

Comme Messieurs Vareille et Lucet le soulignent, « *les gains professionnels... ont une vocation naturelle à être en communauté depuis l'origine* »². Plusieurs arrêts d'appel le confirment³, ces revenus sont communs dès leur naissance, dès leur origine⁴. Cependant, en réalité, se référant à la date d'exécution du travail, à la date de l'activité, c'est en la matière de la créance économique dont il s'agit, de la naissance de la créance économique et non pas juridique.

766. Il y a lieu ici de ne pas se laisser prendre un piège d'une dénomination quelque peu vieillotte⁵ du Code, « l'industrie personnelle » et de ne pas confondre ces revenus du travail avec la catégorie des « fruits industriels » dont dispose l'article 582 du Code civil⁶. En effet, contre toute attente, les fruits industriels ne sont pas autre chose que des fruits naturels. Ce sont les produits de la terre, qui ont nécessité le travail de l'homme pour jaillir, pour l'essentiel, les cultures. Cette notion de fruits industriels n'avait déjà pas de raison d'être en 1804 lors de la rédaction du Code civil⁷ et ne semble avoir été reprise que par habitude, par mimétisme avec la doctrine de l'époque⁸. Mieux vaudrait la supprimer. La remarque est importante, car seuls les fruits civils naissent au jour le jour, en tant qu'application naturelle et non pas fictive de la créance économique de prix qui naît au fur et à mesure de l'exécution de sa contreprestation, de la jouissance du bien octroyée dans le cas des fruits civils. Les fruits naturels ne s'acquièrent pas de la même manière, de façon progressive ou continue. Ils sont acquis en une fois et pour le tout à l'un ou l'autre du nu-propriétaire ou de l'usufruitier. Ils ne se ventilent pas entre l'un et l'autre. Les revenus du travail ne se rattachent donc aucunement à la catégorie des fruits industriels, ils constituent une variété de créance économique de prix, celle qui constitue la contrepartie d'un travail, d'une activité, d'une prestation de service. D'ailleurs, l'article 1414 du Code civil ne fait pas usage quant à lui de l'expression « industrie personnelle » présente à l'art. 1401 du même Code, mais les désigne sous le vocable plus moderne de « gains et salaires ».

¹ Civ. 1, 8 févr. 1978, n°75-15731, P, *Déf.* 1978, art. 31764, p. 879, obs. CHAMPENOIS, *Rép. Not.* 1978, 879, n°39, obs. CHAMPENOIS, *RT* 1979, 592, n°3, NERON et RUBELLIN-DEVICHI. Cet arrêt n'est aujourd'hui plus cité par les auteurs car la solution n'est plus de droit positif. Il s'agissait en effet d'une dette entrée en communauté du chef de l'autre époux que celui créancier des revenus saisis. Or, depuis 1985 l'article 1414 du Code civil exclut que les gains et salaire d'un époux puissent être atteints par les créanciers entrés en communauté du chef de l'autre. Le législateur de 1985 a créé cette exception, ce cantonnement, afin de restaurer le crédit des créanciers propres dont le gage se trouvait réduit à une peau de chagrin. Mais cela ne change rien à l'apport théorique de la solution, les revenus sont communs dès avant leur perception.

² F. LUCET et B. VAREILLE, *RTD civ.* 1993, 401, car il est de l'essence de la communauté de mettre en commun le travail pour construire l'avenir du couple et de la famille.

³ CA Paris 14 avr. 1995, *D.* 1995 IR 127 : « *Un droit est commun en son entier si le fait générateur est né pendant la communauté* ». CA Versailles 1^{ère} chambre civile, section 1, 8 janv. 2004 JurisData n°2004-248290 : « *Les produits de l'industrie d'un époux sont communs dès lors qu'ils trouvent leur origine dans son activité antérieure à la dissolution de la communauté, même s'ils sont perçus postérieurement* ». CA Bordeaux 1^{ère} chambre section A 18 oct. 2007, JurisData n°2007-345938. CA Toulouse 4 juin 1997 JurisData n°1997-043402. CA Douais 22 oct. 2007 JurisData n°2007-356594.

⁴ A. COLOMER, op. cit. n°613, note de bas de page n°80 : « *Dès lors que la créance de salaire est née pendant la communauté, elle est commune, même si elle est perçue postérieurement à la dissolution du régime* ».

⁵ R. SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, 1970, n°1 s., la classification des fruits du Code civil, naturels industriels civils, est archaïque, elle remonte au mieux aux premiers âges des contrats.

⁶ S. PIEDELIEVRE, *Fruits*, *Rép. D.*, 1997 où l'auteur met en garde de la confusion en relevant que l'expression « fruits industriels » est pour cette raison « peu heureuse ».

⁷ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1938, n°1898.

⁸ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 3ème éd. 1866, t. X, n°272.

767. Les revenus du travail sont donc communs dès leur naissance économique. Or, il n'est pas de raison de faire de distinction entre les revenus des biens propres et les revenus du travail¹. La solution précitée stable et particulièrement bien assise en matière de revenus du travail doit être transposée aux revenus des biens propres. C'est donc dans ces cas la naissance de la créance économique de revenus qu'il y a lieu de prendre en compte.

Si le droit positif distingue les revenus du travail et du capital quant à l'application des régimes fiscal et social², il n'y a pas de raison d'opérer une telle distinction en matière de régimes matrimoniaux. En effet, la logique du régime de communauté légale réduite aux acquêts implique que tout acquêt, tout accroissement, vienne augmenter la masse commune, quelle qu'en soit la source, le travail ou le capital. L'exception légale, qui permet aux créanciers propres de saisir les revenus du travail pourtant communs de leur débiteur, ne nous semble pas suffisante pour justifier une différence de nature au regard du droit des régimes matrimoniaux.

Comme le remarque André Colomer³, le législateur lui-même a créé un vocable unique de « revenus » pour englober les revenus du travail et ceux des biens propres aux articles 1411 et 1415 du Code civil.

b) Un symptôme de l'inaperçue créance économique

768. L'utilisation ici de la créance économique se trouvait en filigrane dans l'arrêt Authier se référant aux impenses, contrepartie de la jouissance du bien. D'une part, la jouissance du bien constitue l'exécution de la prestation donnant naissance à la créance économique corrélative de prix. D'autre part, la référence aux impenses renvoie aux charges usufruituaires qui sont corrélatives de la perception des fruits, or nous savons que les fruits civils constituent une créance économique par nature dont la date de naissance économique au jour le jour est consacrée par les textes.

Finalement, le concept de créance économique restaure ici la cohésion en matière de communauté légale. Son caractère encore latent explique les hésitations quant à l'application du critère de perception. Son application permet de restaurer de façon harmonieuse l'unité entre les deux catégories de revenus, du travail et des biens propres⁴. Il sera vu plus loin à l'occasion de sa fonction de la créance économique que le concept permet également d'expliquer les textes et les hésitations quant à un éventuel critère d'économie, rejeté comme nous l'avons vu dans son interprétation commune et générique.

769. Le critère de perception n'est toutefois pas toujours à remplacer par la créance économique, il faut faire preuve de vigilance et rechercher si la date de perception s'explique davantage que la

¹ P. SIMLER, obs. sous civ. 1, 13oct. 1993, *JCP G* 1994, 3785, chr., « cette distinction... paraît aujourd'hui difficilement justifiable ».

² Car les impôts et les cotisations sociales appliquées divergent énormément, surtout les cotisations sociales qui sont bien plus élevées pour les revenus du travail.

³ A. COLOMER, *Régimes matrimoniaux*, Litec 2004, 12^{ème} éd, n°616.

⁴ Le concept est également utile pour les revenus des biens communs qui, au moment du partage, deviennent des propres par l'attribution des lots.

créance économique. Tel est le cas en matière d'aliments. En effet, le créancier les perçoit pour sa subsistance, raison pour laquelle ils doivent être présumés consommés aussitôt perçus. Outre l'état de besoin qui justifie cette faveur, il ne sera de toutes les façons pas évident d'obtenir leur restitution puisqu'ils servent à la subsistance du créancier et non pas à l'achat de biens somptuaires. Pour cette raison, le Code civil prévoit que la rente viagère est acquise *pro rata temporis* aux héritiers, mais que le dernier terme, s'il est payé d'avance, est malgré tout acquis.

Dans la même veine, l'article 549 du Code civil permet au possesseur de bonne foi de conserver les fruits « perçus » avant la demande de restitution, par faveur pour sa bonne foi et parce que, comme en matière d'aliments, les fruits ont naturellement vocation à être consommés, on présume donc que le possesseur les aura dépensés.

Dernier exemple, la cédule des salaires composant l'assiette de l'impôt sur le revenu vise les revenus perçus et non pas les créances économiques pour la simple raison que le législateur n'a pas voulu risquer d'exiger d'un particulier qu'il soit redevable de l'impôt avant d'avoir perçu ses revenus, avant d'avoir les moyens de payer ledit impôt. Tel n'est pas le cas de l'imposition des revenus professionnels qui, sauf régime simplifié, imposent le différentiel d'actif net, le bénéfice, en prenant en compte les créances acquises dès leur naissance, dès avant leur paiement. Mais il s'agit de naissance de l'acception économique de la créance.

770. Comme en matière d'exigibilité, l'utilisation de la perception à la place de la naissance de la créance économique n'est en réalité qu'un symptôme de l'absence d'émergence en droit du concept de créance économique.

Dès lors et comme en matière d'exigibilité, il nous apparaît possible de voir dans la date de perception, une approximation potentielle de la créance économique, car il ne s'écoule en principe pas beaucoup de temps entre la date d'exigibilité et la date de perception. Si l'exigibilité peut être approximation de la créance économique, l'inverse est également valable, la perception pouvant être approximation de la créance économique.

Mais il est également envisageable d'interpréter la perception de la créance comme son acquisition économique, sa naissance économique. Tout comme la dette « contractée » n'est en réalité pas la dette issue d'un contrat, mais la dette née de la contraction, au sens de rapprochement entre un créancier et son débiteur¹, il pourrait y avoir un double sens à la perception. Par analogie avec la distinction entre accipiens matériel et intellectuel, il y aurait une perception matérielle concrète s'incarnant dans le paiement, et une perception intellectuelle abstraite résidant dans l'acquisition de la créance, sa naissance économique. Un pont serait ainsi créé entre le droit commun des biens et le droit spécial des régimes matrimoniaux, entre l'article 586 du Code civil qui consacre une acquisition de la créance au jour le jour et l'article 1403 du Code civil qui consacre une acquisition au jour de leur perception. Si l'article 586 parle directement d'acquisition des revenus, l'article 1403 porte une telle allusion en son sein puisque les revenus deviennent « acquêts » de communauté, deviennent acquis. Demolombe allait en ce sens lorsqu'il expliquait au sujet des fruits civils que l'acquisition au

¹ Cf. supra n°139.

jour le jour dont dispose l'article 586 du Code civil constitue un mode de perception des fruits, une « perception civile »¹.

Nous voyons déjà ici que la créance économique est parfois désignée sous le vocable de « créance acquise » ou « d'acquisition de la créance », ce qui rend nécessaire l'étude de cette notion et sa comparaison avec notre concept de créance économique.

§ 3 : La notion de créance acquise

771. La créance économique se retrouve souvent sous le vocable de créance acquise. Mais la créance acquise n'est en réalité pas une notion clairement définie en droit. Son domaine est à la fois trop large et trop disparate. L'expression est plutôt générique et signifie simplement « davantage » que la seule créance juridique.

La créance économique est une créance acquise, mais toutes les créances acquises ne sont pas des créances économiques. Il y a donc convergence partielle des notions (A), mais divergence irréductible car la créance acquise est beaucoup trop large et hétéroclite dans son domaine d'utilisation pour constituer une catégorie juridique exploitable (B).

A. Une notion incorporant la créance économique

772. Les notions convergent à la fois sur les plans de la terminologie et dans leur domaine d'application. La créance acquise inclut l'idée véhiculée par la créance économique (1). Et un certain nombre de créances qualifiées d'acquises sont en réalité des créances économiques (2). Mais cette convergence n'est que partielle, si bien qu'il ne peut pas y avoir identité des notions.

1/ Une évocation terminologique applicable à la créance économique

773. Il faut reconnaître que l'étymologie² de créance acquise correspond assez bien à notre conception de la créance économique qui naît de l'exécution de la prestation. En exécutant la prestation, le prestataire paie en quelque sorte le prix de sa créance, il achète ainsi sa créance au sens commun du verbe acheter, il l'acquiert. L'adjectif « acquis », dérivé du verbe acquérir, porte en son sein l'action de l'homme. Acquérir dérive en effet de quérir, aller chercher, se mettre en mouvement, agir. Il y a bien ici résonnance avec l'exécution de la prestation qui suppose que le prestataire se mette en mouvement, voire à ce qu'il œuvre pour acquérir, ce que l'on retrouve lorsqu'on utilise la notion d'acquis pour l'opposer à celle de l'inné. Autrement dit, c'est par son action, par l'exécution de sa prestation que le prestataire acquiert la propriété de sa créance de prix, mais ceci au sens plus commun, générique et économique, et non pas au sens strictement juridique, car la créance existe juridiquement auparavant, sauf créance conditionnelle, dès l'accord de volonté, dès la commande de

¹ DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 3^e éd. 1866, t. X, n°267.

² Lexilogos.fr, CNRTL (CNRS).

la prestation. Le sens commun de l'expression « créance acquise », dont le participe passé « acquise », utilisé ici comme adjectif, cadre plutôt bien avec notre conception de la créance économique dans l'expression de son rapport avec la créance juridique, la consolidation de cette dernière par l'exécution de la prestation due par le fournisseur. « Acquis » porte en son sein l'idée de perfection de la créance par l'acquisition de sa propriété, et l'idée d'action du titulaire qui va quérir sa créance par l'exécution de sa prestation.

774. En matière de communauté légale, s'agissant d'une communauté réduite aux **acquêts**, il apparaît normal que survienne l'expression « créance acquise » que l'on retrouve dans l'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle au sujet des revenus pécuniaires d'une œuvre. Tandis que les droits moraux sur l'œuvre constituent des propres par nature, les droits pécuniaires sont quant à eux communs « *uniquement lorsqu'ils ont été **acquis** pendant le mariage* » comme en dispose le second alinéa de l'article. Par revenus acquis, il devrait s'agir ici de la créance économique de revenus des redevances de brevets d'exploitation née durant le mariage.

2/ Des applications pratiques correspondant à la créance économique

775. Sans prétendre à l'exhaustivité, quatre occurrences peuvent être trouvées quand le vocable de créance acquise désigne le concept de créance économique. Cela survient dans des domaines variés puisqu'il est question des procédures collectives (a), de la propriété intellectuelle (b), des marchés publics (c) ou encore de la comptabilité et de la fiscalité (d).

a) Le privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté

776. En droit des entreprises en difficulté, Michel Jeantin et Paul Le Cannu utilisent l'expression « créance acquise » pour désigner les créances bénéficiant du privilège de procédure, dont nous savons qu'il s'agit là du domaine de prédilection de notre concept de créance économique. Les auteurs exposent que « *la poursuite de l'activité (...) suppose que l'on (...) sacrifie au moins pour une partie de ses créances acquises le cocontractant* »¹. Les auteurs se réfèrent ici aux créances acquises avant le jugement d'ouverture qui ne bénéficient pas du privilège de procédure, ce qui implique a contrario que les créances acquises après le jugement d'ouverture en bénéficient.

b) La propriété intellectuelle en communauté légale

777. L'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle traite du sort de la propriété intellectuelle en communauté légale. Son alinéa 2 dispose que les « *produits pécuniaires provenant de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit ou de la cession totale ou partielle du droit d'exploitation sont soumis au droit commun des régimes matrimoniaux, uniquement lorsqu'ils ont été acquis*

¹ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2006, n°685.

pendant le mariage ». Cette créance « acquise » n'est autre que la créance économique. Les produits de l'exploitation, tout comme les fruits civils de l'art. 586, naissent au fur et à mesure de la jouissance octroyée des biens immatériels concernés.

Avant la loi de 1992 ayant introduit cet article, tous les produits pécuniaires issus de l'exploitation de l'œuvre suivaient le sort de celle-ci. Ainsi, dans un arrêt du 19 novembre 2008 où les faits étaient antérieurs à la loi précitée de 1992, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi contre un arrêt qui avait décidé que *« les produits pécuniaires de toute nature tirés des œuvres créées et enregistrées (...) (par l'époux avant la date de dissolution du mariage) resteront communs et devront, à ce titre, avant comme après la dissolution de la communauté, continuer à être partagés entre les ex-époux »*.

778. Il est possible de remarquer ici que le vocable de créance acquise ne permet pas d'identifier de quoi il s'agit ici, la date d'acquisition de la créance n'est en réalité pas clairement identifiée. Jacques Ghestin¹ mentionne à la fois la date d'échéance et la date de naissance, tandis qu'Alain Gobi² s'attache quant à lui à la date de perception en excluant expressément la date de naissance de la créance.

La jurisprudence n'échappe pas à l'imprécision. Par exemple, dans un arrêt du 4 juin 1971³, visant l'article 1401 du Code civil qui dispose d'un critère d'économie des revenus, la Cour énonce à deux reprises que sont communs les revenus « échus ou perçus » pendant le mariage. L'énonciation n'est pas satisfaisante car il n'y a pas identité entre exigibilité et perception. Il n'est alors pas étonnant que le critère véritable se trouve ailleurs, dans la date de naissance de la créance économique.

c) Les marchés publics

779. En matière de marchés publics et de contrats administratifs, l'article 30 du Règlement général de la comptabilité publique dispose que *« la liquidation a pour objet de vérifier la réalité de la dette et d'arrêter le montant de la dépense. Elle est faite au vu des titres établissant les droits **acquis** aux créanciers »*. Les droits acquis font ici référence au service fait qui impose que les fournisseurs ne soient payés par le Trésor Public que sur le constat que les prestations aient bien été exécutées. Il y a

¹ J. GHESTIN, D. 1987, 397, obs. sous Paris, 22 avr. 1982, « On sait qu'avant la loi du 11 mars 1957 la Cour de cassation s'était prononcée en faveur du caractère commun, non seulement des produits pécuniaires de l'œuvre, échus pendant la communauté, mais aussi du monopole d'exploitation lui-même. Il en résultait que, même après la dissolution de la communauté, les droits pécuniaires nés de l'exercice du monopole d'exploitation afférant aux œuvres divulguées avant cette dissolution restaient communs aux ex-époux ou à leurs ayants droit... ». Il s'ensuit que, pour l'auteur, les droits naîtraient du monopole d'exploitation au moment où ils sont échus, à leur date d'échéance donc.

² Alain GOBI, obs. sous Paris, 22 avr. 1982, JCP G 1983 II 19948. En conséquence de son choix, l'auteur se trouve malencontreusement contraint de préciser qu'il faut se méfier de l'époux qui, anticipant un divorce, s'abstiendrait sciemment de percevoir ses droits pour n'en bénéficier qu'une fois la séparation prononcée². On voit ici l'insuffisance. Si c'était par mégarde que les revenus n'aient pas été perçus ou encore parce que l'échéance de perception fût annuelle et le divorce prononcé juste avant cette dernière, en fin d'année ? Il n'est pas normal, quelle qu'en soit la cause, qu'il y ait ou non mauvaise foi, que les revenus économiquement acquis ne soient pas communs au seul motif très contingent qu'ils n'aient pas été perçus avant divorce. Ajoutons au demeurant que la bonne foi se présume et que la preuve de la mauvaise foi exigée par l'auteur ne sera peut-être pas aisée à apporter.

³ Civ. 1, 4 juin 1971, n°69-13874, P.

ici une parfaite **correspondance entre la notion de « créance acquise »** et le concept de « créance économique ».

d) La théorie des créances acquises en comptabilité et fiscalité

780. En fiscalité et comptabilité, l'expression « créance acquise »¹ est utilisée pour désigner la créance qui doit être imposée. Là encore, il y a une parfaite correspondance entre l'expression et le concept de créance économique. La date de rattachement comptable et fiscal des produits et des charges correspond au concept doctrinal de créance acquise développé par M. Cozian dans ce domaine et qui coïncide avec notre créance économique.

B. Une notion trop hétéroclite pour former une catégorie juridique

781. La convergence ne peut qu'être partielle. Au-delà, on se heurte au constat d'une absence d'identité des notions. En vérité, la créance acquise reste une notion particulièrement floue au domaine protéiforme. L'expression est en quelque sorte utilisée chaque fois qu'il y a davantage que la seule naissance de la créance. Elle ne peut donc pas faire l'objet d'une conceptualisation et constituer une véritable catégorie juridique. Pour cette raison, elle ne saurait correspondre au concept de créance économique parfaitement circonscrit quant à lui.

Ce trop grand flouté de la créance acquise se manifeste à la fois sur le plan terminologique (1) et sur celui de son domaine d'utilisation (2).

1/ Une terminologie dépourvue de précision suffisante

782. Le terme de « créance acquise » s'avère trop flou. Surtout, il ne se démarque pas suffisamment de la créance juridique car il porte en lui au contraire le lien entre cette dernière et notre créance économique. Ce terme ne permet donc pas de mettre l'accent sur la différence de nature entre créance juridique et créance économique. Et surtout, cette expression ravalerait notre concept à la seule date d'acquisition de la créance économique, au seul angle d'un stade de perfection de la créance juridique. Il en résulte qu'il ne permet pas d'expliquer la **dualité des dates de naissance des créances** puisqu'il ne fait pas ressortir la dualité des concepts de créance. Car les arrêts, qui font application de la thèse matérialiste de la date de naissance de la créance, ne se réfèrent pas à une date d'acquisition de la créance, mais à la date de naissance de la créance.

L'expression « créance acquise » est en réalité beaucoup trop imprécise dans sa signification. Pour cette raison, elle ne peut être qu'une notion insusceptible de conceptualisation.

Ce caractère trop générique se retrouve dans la mise en œuvre de la notion en droit positif. Si certaines utilisations correspondent parfaitement à notre concept de créance économique, il n'en va pas de même pour toutes, d'où l'intérêt d'une terminologie distincte et plus précise, celle de « créance économique ».

¹ M. COZIAN et F. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 2011/2012, n°131.

2/ Un domaine dépourvu d'unité

783. La créance acquise ou acquisition de la créance pourra se définir comme **toute forme de perfection de la créance juridique**. Ceci inclut donc la créance économique qui constitue un plan de perfection de la créance juridique, mais ne vise pas qu'elle. Il s'ensuit que l'expression « créance acquise » correspond à des situations trop disparates pour que la notion puisse acquérir une unité satisfaisante.

L'expression est utilisée pêle-mêle en matière de créances d'ordre public, essentiellement les créances d'aliments (a), en droit du travail où il est également question de droits acquis (b), ou encore en matière de commission d'agent commercial où les textes évoquent l'acquisition du droit à commission (c).

a) Les créances d'ordre public

784. En matière d'assurance, l'art. L. 326-12 du Code des assurances dispose qu'en cas de retrait de l'agrément administratif accordé à une compagnie d'assurance, « *les primes ou cotisations échues (...) sont dues en totalité à l'entreprise, mais elles ne sont définitivement acquises à celle-ci que proportionnellement à la période garantie jusqu'au jour de la résiliation* ». L'article établit ensuite la même règle de proportionnalité pour les primes non échues, la période couverte avant le retrait de l'agrément est malgré tout due. Certes ici pourrait-on dire que la créance juridique est au final alignée sur la créance économique ; le fait s'impose au droit, le réel constaté au virtuel souhaité. Mais cela ne nécessite pas l'utilisation du concept de créance économique. C'est un problème de réfaction du contrat. Les obligations sont révisées du fait de l'impossibilité de poursuivre la prestation caractéristique, la couverture du risque. La créance de prix qui en est la contrepartie se cale alors sur la créance de prestation caractéristique. C'est un problème de réfaction de l'obligation et non pas de date de naissance ou d'existence de l'obligation. Bien qu'il y ait résonnance avec le concept de créance économique puisqu'on y retrouve la logique de corrélation des obligations, incarnée dans le concept de cause transposé au stade de l'exécution du contrat, ce n'est pas ici une question qui fait usage, qui nécessite le concept de créance économique. Il en va de même pour la formation progressive de l'objet.

785. Parce qu'elle constitue la consolidation économique de la créance juridique, un plan de perfection de la créance juridique, la créance économique coïncide parfois avec la formation progressive de l'objet d'une obligation¹, ou avec la consolidation progressive de l'objet d'une obligation. Mais elle ne s'y identifie pas complètement pour autant.

¹ Sur la notion, voir supra n°284 et s., notamment quant à l'existence prouvée de telles obligations en droit de la responsabilité supra n°299 et s. et leur existence vraisemblable en matière contractuelle, supra n°337 et s. La notion n'est pas sans lien avec l'essence contingente du concept de créance, cf. supra n°221 et s.

En matière de créances d'ordre public, généralement de créances vitales, **le caractère acquis de la créance s'identifie avec la formation progressive de l'objet**. Il résonne alors un peu avec le concept de créance économique, mais ne s'identifie pas à lui pour autant. L'exemple topique en est la créance de **pension alimentaire**. Ces créances sont indisponibles tant qu'elles ne sont pas acquises. La résonnance d'avec la créance économique réside uniquement dans le mode d'acquisition, de perfection, de consolidation de la créance, il y a ressemblance, car cette acquisition se fait *prorata temporis*. La raison en est que la créance de pension alimentaire n'existe qu'en considération de la vie de son créancier, pour satisfaire à ses besoins vitaux. Une hésitation peut survenir entre les dates d'exigibilité, de perception et le *prorata temporis*. En réalité, l'objet de l'obligation prend forme progressivement avec l'écoulement du temps, nonobstant les facteurs d'exigibilité et de paiement.

786. Pour cette raison, de façon contradictoire en apparence avec la lettre de l'article 1409 du Code civil, la communauté ne doit pas supporter à titre définitif les pensions afférentes à des périodes antérieures ou postérieures à la durée de vie commune. La cause en est que l'hypothèse, sans doute rarissime, n'a pas été pensée par les rédacteurs du Code civil. Seuls Rémy Cabrillac¹ et Raymond Le Guidec² soulèvent ce problème. La jurisprudence³ ne permet pas de trancher la question. Certes, profitant de tous les revenus, la communauté doit supporter les pensions alimentaires dues. Mais il doit y avoir corrélation temporelle. La communauté ne profite ni des revenus antérieurs ni des revenus postérieurs. C'est la raison pour laquelle elle ne doit pas d'après nous supporter les pensions alimentaires antérieures ou postérieures⁴. Il est logique qu'elle en ait l'obligation⁵, par faveur pour le débiteur d'aliment, afin de lui assurer les moyens les plus efficaces de paiement. Cependant, lors de la reddition des comptes, une récompense devra être prise en compte à la charge de l'époux personnellement débiteur. Dans ce sens d'une possible faille à l'article 1409 du Code civil, certains auteurs estiment que récompense doit être due pour des pensions alimentaires versées à un enfant adultérin⁶. C'est une faille d'un autre type que nous envisageons ici.

Il en va par exemple ainsi en cas d'arrérages⁷ de pension alimentaire impayés pour une ex-épouse ou pour des enfants issus d'un premier lit et dont le paiement est poursuivi durant le second mariage. Le créancier d'aliments pourra poursuivre sur les biens communs conformément à l'article 1409 du Code civil qui implique a fortiori l'obligation à la dette d'aliments de la communauté. Mais

¹ R. CABRILLAC, op. cit., n°207.

² R. LE GUIDE, op. cit., Dalloz action n°142.51, l'auteur émet un doute pour les dettes payées pendant, mais « *dont le principe lui est antérieur* » car les dettes antérieures sont propres par nature.

³ Car il n'est jamais question d'une période de pension alimentaire en dehors de la durée de vie commune qui aurait été payée par des deniers communs ou l'inverse d'une pension alimentaire afférente à la période de vie commune qui aurait été payée par des deniers propres. C'est toujours le principe de contribution à la dette de pension alimentaire, généralement pour des enfants issus d'une première union dont il est question et la cour de cassation écarte à chaque fois le principe d'une récompense en la matière. Mais à défaut de précision des arrêts, il est très probable que les périodes correspondent. Civ. 1, 8 nov. 2005, n°03-14831, P, cassation de l'arrêt décidant qu'il y a lieu à récompense pour les pensions alimentaires versées par chacun des deux époux au titre de leurs enfants respectifs issues de premiers lits. Antérieurement, civ. 2, 11 juin 1998, n°94-14654, P, insusceptible de toutes les façons de régler le problème puisqu'il s'agissait d'une communauté universelle et non pas réduite aux acquêts. Civ. 2, 25 janv. 1984, n°82-14595, P, ne permettant pas non plus de résoudre la question.

⁴ Contra, R. CABRILLAC, n°207, « *la dette alimentaire née pendant, mais aussi avant le mariage* ».

⁵ Selon le même schéma existant pour les infractions et les délits commis par un époux, a fortiori le mécanisme devrait-il s'appliquer pour une dette d'aliments, la communauté jouant ici en quelque sorte le rôle de garant.

⁶ R. CABRILLAC, op. cit., n°198 et 207. I. DAURIAC, n°518 et 523.

⁷ Quand bien même il y aurait lieu à application de l'adage selon lequel les pensions ne s'arrangent pas, une instance réclamant le paiement d'une pension a pu être en cours au jour du remariage, si bien que le jugement de condamnation, rétroagissant à la date de la demande, a pu générer un arriéré exigible. D'autre part, il est des subsides pour lesquels l'adage ne s'applique pas.

récompense sera due lors de la séparation pour la part correspondant à la période antérieure au mariage de la pension alimentaire qui aura été acquittée pendant celui-ci au moyen de fonds communs, notamment par saisie directe des salaires rémunérant un travail fourni durant la vie commune pour une pension afférente à une période antérieure ou postérieure à celle-ci. Notons que le paiement par avance d'une période postérieure ne devrait qu'être marginal puisque la pension est payable mensuellement. Mais inversement récompense devrait être due à l'époux qui honore au moyen de fonds propres des arrérages de pension alimentaire qui correspondent à la période de vie commune.

Les auteurs posent la problématique en termes de date de naissance de la créance d'aliments. Écartant une naissance au jour de la survenance du lien de famille, ils adhèrent à une naissance au jour du besoin¹. Il nous apparaît qu'il s'agit là de la date d'acquisition de la créance de pension alimentaire et non pas de sa date de naissance juridique stricto sensu. La créance naît au jour de la survenance de la dernière condition légale posée par les textes, le besoin, mais elle naît pour le tout et englobe dès l'origine l'intégralité du besoin futur. Si celui-ci n'est pas déterminé, il est cependant déterminable selon l'évolution réelle de la situation de fait. Le maintien du besoin qui forme l'objet de cette obligation initiale n'est autre que la formation progressive de l'objet. La créance acquise signifie donc en l'espèce la formation progressive de l'objet. Il y a ressemblance avec la créance économique, du fait du caractère monétaire, de la divisibilité et du mode d'acquisition continu qui correspond avec les fruits civils. Mais il n'y a pas identité, le cas de la rente viagère permet de le comprendre.

787. En matière de rente viagère, l'article 1980 du Code civil dispose que « *la rente viagère n'est acquise au propriétaire que dans la proportion du nombre de jours qu'il a vécu* »². Il s'agit donc d'une créance acquise au jour le jour. Mais cette acquisition représente la formation progressive de l'objet. Il y a ressemblance avec la créance économique, par exemple avec les fruits civils, dont l'article 586 du Code civil dispose qu'ils « *sont réputés s'acquérir jour par jour* », mais pas identité car l'acquisition *pro rata temporis* des fruits civils s'explique par le caractère continu de la prestation octroyée par l'usufruitier, la jouissance du bien, de l'immeuble dans le cas de loyers, du capital dans le cas des intérêts. Tel n'est pas le cas de la rente viagère qui n'est pas la contrepartie d'une prestation continue. Dans les deux cas, il y a créance acquise. Mais ce n'est pas la même notion qui se cache derrière. L'une signifie la créance économique de prix d'une prestation continue qui naît *pro rata temporis*. L'autre signifie la formation progressive de l'objet, au fur et à mesure du maintien du besoin du créancier d'aliment, cela signifiant dans le cas d'une rente viagère fixe, contrairement à une pension alimentaire, au fur et à mesure de son existence, de sa survie, car il faut vivre ou survivre pour demeurer dans le besoin.

Preuve en est l'hypothèse de la rente viagère constituée en paiement du prix de vente d'un immeuble. La contrepartie étant instantanée, la créance économique de rente viagère naît pour le tout au jour du

¹ De façon unanime a priori, notamment, A. COLOMER, op. cit., n°787, TERRE et SIMLER, op. cit., n°406.

² L'alinéa 2nd de l'article tempère cette règle, sans doute dans la double considération de la vocation alimentaire de la rente et de la présomption de consommation du revenu qu'elle constitue, en déclarant néanmoins acquise à sa date de perception (matérielle) la rente perçue d'avance car payable à terme à échoir.

transfert de propriété. Aucune des échéances postérieures au jugement d'ouverture ne sera dès lors privilégiée si le transfert de propriété de l'immeuble s'est opéré au profit du failli avant l'ouverture de la procédure, tandis que toutes les échéances, même antérieures seront privilégiées si le mandataire judiciaire ou le liquidateur décide de poursuivre le contrat pour que l'entreprise en difficulté reçoive en propriété l'immeuble qui n'avait pas encore été transféré au jour de l'ouverture de la procédure. Nous le voyons bien ici, l'acquisition de la créance de rente viagère, qui correspond à la formation progressive de son objet, ne correspond pas à la créance économique. Les concepts ne sont pas identiques.

Il est d'autres domaines où la notion de créance acquise ne correspond pas avec notre concept de créance économique. Tel est le cas notamment du droit du travail où il est question de « droits acquis ».

b) Les droits acquis en droit du travail

788. En droit du travail, l'expression « créance acquise » peut correspondre à notre notion de créance économique lorsqu'il s'agit du transfert de contrat de travail prévu par l'ancien article L. 122-12-1 du Code du travail. Ainsi la cour de cassation censure les juges du fond pour avoir refusé le recours d'un salarié contre son premier employeur concernant divers rappels au motif que la convention de cession d'entreprise était opposable au salarié car cette convention ne pouvait « *décharger le premier (employeur) des droits acquis par le travail du salarié entre le 1^{er} janvier 1983 et la date de la cession* »¹. Ces droits acquis correspondent bien à la créance économique de salaires et accessoires qui naît de l'accomplissement du travail par le salarié, à tout le moins de la mise à disposition de sa force de travail.

Mais l'expression « droits acquis » ne correspond plus au concept de créance économique lorsqu'elle désigne les avantages acquis par le salarié, ceux qui lui avaient déjà été octroyés par son employeur initial et qui ne peuvent plus être remis en cause, d'où leur caractère « acquis », tel par exemple une prime de vacances ou encore un 13^{ème} mois².

c) La commission de l'agent commercial

789. L'article L. 134-9 du Code de commerce dispose en matière d'agent commercial que « *la commission est acquise dès que le mandant a exécuté l'opération ... ou bien encore dès que le tiers a exécuté l'opération* ». Pour Jean-Marie Leloup³, cette acquisition de la créance de commission correspond à sa date de naissance.

La jurisprudence est lunatique en la matière, car les solutions ne sont pas univoques. La date de naissance de la créance de commission se trouve fixée, tantôt à la date de passation du marché

¹ Soc. 13 oct. 1988 n°85-46063, P.

² Voir par exemple : soc. 16 déc. 1976 n°75-40786, P.

³ Contra J.-M. LELOUP, « Agent commercial », *Rép. Dalloz commercial*, janv. 2012, n°67.

entremis¹, tantôt à la date d'exécution du marché par le mandant², ou encore à la date de paiement par le client du prix de la prestation accomplie par le mandant³.

790. Les textes apportent pourtant indirectement la réponse : une naissance de la créance de commission au jour de la passation du marché. Ainsi, les articles L. 134-6 à L. 134-8 du code de commerce règlent le sort des commissions en cas de succession d'agents commerciaux, soit par la cession de son contrat par l'agent, soit par la souscription d'un nouveau contrat par le mandant avec un autre agent commercial. Mais dans tous les cas, le conflit est réglé par une attribution à l'agent en poste au jour de la passation du marché. C'est donc vraisemblablement à la date du marché entremis que naît la créance de commission, à la date où le client effectue sa commande.

Il est en effet certain à cette date que la commission sera due. Avant, elle n'est qu'une expectative sans substance. Tel n'est plus le cas une fois le marché passé, la commission acquiert la certitude synonyme d'existence comme il a été soulevé en première partie. Preuve en est que l'inexécution du marché ne remettra pas systématiquement en cause le droit à commission, ce qui implique qu'il soit déjà né. Seule l'inexécution pour cause de force majeure ou du fait du client peut engendrer l'extinction du droit à commission, l'inexécution du fait du commettant ne remettant pas en cause le droit à commission⁴.

791. Quant à la **date d'acquisition** dont dispose l'art. L. 134-9 précité, un arrêt du 15 novembre 2005⁵ indique qu'il s'agit de la **date d'exigibilité** de la prestation et non pas sa date de naissance. Dans cet arrêt, le pourvoi qui invoquait implicitement l'article L. 134-9 du Code de commerce se trouve rejeté et la Cour remarque in fine que la date d'exigibilité importe peu⁶, ce qui montre que

¹ Com. 15 nov. 2005 n°03-13261, FS, P, B, D. 2005, AJ 3086, A. LIENHARD.

² Com. 7 janv. 2003, n°00-14799 inédit. Il s'agissait d'un cas d'application du privilège de procédure de l'anc. art. 40. Le contrat d'agent commercial avait été résilié par le mandataire judiciaire. L'agent avait réclamé le paiement de l'indemnité de résiliation ainsi que d'arriérés de commissions. L'arrêt est cassé. L'indemnité est certes exclue légalement et explicitement du privilège nonobstant sa date de naissance. Mais, quant aux commissions, la cour reproche aux juges du fond de ne pas avoir distingué, parmi les sommes réclamées, celles qui étaient liées à la résiliation du contrat de celles dues au titre de prestations fournies après le jugement d'ouverture. Ainsi, pour la chambre commerciale, les commissions naissent économiquement de l'exécution des prestations. Nous pourrions hésiter entre les prestations faites par l'agent en vue de décrocher le marché ou les prestations du mandant dans l'exécution dudit marché entremis. Il s'agit sans doute davantage des secondes ici.

³ Soc. 24 janv. 1989 n°85-43572 P : dans cette affaire, il s'agissait des commissions dues à un VRP dans le cadre d'une succession d'employeurs par application de l'article L. 122-12, mais, comme la cession d'activité s'était opérée dans le cadre d'une procédure collective, le nouvel employeur acquéreur n'était pas tenu des obligations de son prédécesseur. Ainsi, selon que la créance de commission était née avant ou après, celui-ci devait ou ne devait pas en assumer le paiement auprès du VRP. Les juges du fond avaient condamné le nouvel employeur au paiement des commissions au motif que les marchés concernés avaient été payés par le client après la cession d'activité. Le pourvoi est rejeté. Il en résulte que, dans cette affaire, pour la cour de cassation, la créance économique de commission naîtrait au jour du paiement du marché par le client.

⁴ CA Lyon 6 févr. 2003 RG n°2001/05783, publié sur légifrance.

⁵ Com. 15 nov. 2005 n°03-13261, FS, P, B, D. 2005, AJ 3086, A. LIENHARD : Les commandes des clients avaient été passées avant le jugement d'ouverture, mais avaient été exécutées après celui-ci. Le pourvoi invoquait implicitement (certes) l'article L. 134-9 du Code de commerce en disant que puisque les marchés n'avaient pas été exécutés ni par le mandant ni par le client à la date d'ouverture du jugement d'ouverture, alors les commissions relevaient nécessairement de L. 621-32, car les commissions ont nécessairement été acquises après le jugement d'ouverture. Le pourvoi est rejeté. La cour de cassation approuve la cour d'appel et se réfère à l'article L. 134-6 du Code de commerce (et non pas à l'article L. 134-9) du Code de commerce pour fixer le fait générateur du droit à commission : « *Mais attendu qu'après avoir énoncé que le fait générateur de la commission se situe au moment où le cocontractant se trouve lié au mandant, conformément à l'article L. 134-6 du Code de commerce, lequel fixe le droit à commission "pour toute opération commerciale conclue pendant la durée du contrat d'agence", l'arrêt, qui relève qu'il importe peu qu'à la date d'ouverture du redressement judiciaire de la société Mach 1, soit le 5 mars 1997, l'opération n'ait pas été exécutée ou que le client n'ait pas payé, retient que la société ITC avait l'obligation de déclarer ses créances de commissions, même non exigibles au jour du jugement d'ouverture en application de l'article L. 621-43 du Code de commerce* ».

⁶ « *Même non exigible* » nous dit la cour. Cette expression fait résonnance avec d'autres arrêts spécialement rendus en matière de communauté légale où la cour fait clairement remarquer par là qu'il ne faut pas confondre la naissance de la créance avec son exigibilité généralement invoquée à tort par les pourvois dans ces affaires.

l'article L. 134-9 du Code de commerce, qui traite de l'exigibilité, ne sert qu'à régir celle-ci¹. L'alinéa 2 de l'article dispose en effet que la commission « *est payée au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel elle était acquise* ». Mais la date d'exigibilité réside dans le terme du délai fixé par le texte et non pas dans la date d'acquisition de la créance. On en conclut que cette acquisition constitue un stade de perfection jugé suffisamment stable pour servir de base à la computation du délai d'exigibilité.

792. Plus important, l'arrêt précité du 15 novembre 2005 mettait en œuvre le privilège de procédure faisant usage de la créance économique. Excluant la date d'acquisition de la créance invoquée par le pourvoi, l'arrêt exclut automatiquement cette même date comme naissance de la créance économique. **Il n'y a donc pas identité en matière de commission d'agent commercial entre la notion de créance acquise et le concept de créance économique.** L'arrêt se focalise sur les commandes des clients. Ces dernières constituent donc la date de naissance de la créance économique. Mais nous avons déjà relevé que cette même date, qui n'est autre que la date de passation des marchés, constitue la date de naissance de la créance juridique. **C'est qu'en matière de créance d'agent commercial, il y a identité entre les acceptions économique et juridique de la créance.** Nous avons déjà soulevé qu'il pouvait y avoir identité des dates de naissance des deux acceptions de la créance de prix, juridique et économique, que cela ne doit pas être ignoré car ces hypothèses contribuent à masquer l'existence de la créance économique et à empêcher le concept d'émerger.

Ceci s'explique par un examen plus approfondi. D'un côté la créance juridique de commission est conditionnée à la passation du marché dont le prix constitue d'ailleurs un élément de calcul de son assiette. D'un autre côté, la contrepartie économique de la commission, l'avantage, la valeur procurée au mandant par l'exécution du contrat d'agent commercial dont le prix repose dans la commission, se trouve aussi être le marché souscrit par le client. Peu importent les démarches effectuées par l'agent commercial en vue d'obtenir le marché. S'il ne l'obtient pas, aucune commission ne lui est due. Surtout, quand bien même l'agent n'aurait accompli aucune démarche, quand bien même le marché n'aurait pas été passé par son intermédiaire, la commission lui est quand même due comme en dispose l'article L. 134-6 al. 2 du Code de commerce et comme l'a récemment confirmé la CJCE².

793. La créance acquise n'est donc pas une notion suffisamment unitaire pour former une catégorie juridique à part entière. Elle peut recouvrir différentes réalités selon le domaine dans lequel elle est invoquée. Pour cette raison sans doute, elle ne fait l'objet d'aucune définition, d'aucune étude. Si l'expression est parfois utilisée pour désigner le concept de créance économique, tel n'est pas systématiquement le cas. Il n'y a donc pas identité entre créance économique et créance acquise. Toute créance économique semble être une créance acquise en ce sens que la naissance de la créance économique engendre la perfection de la créance juridique de prix. Mais toutes les créances acquises

¹ En ce sens, A. LIENHARD, *D.* 2005, 3086, obs. sous com. 15 nov. 2005,

² CJCE 17 janv. 2008, *D.* 2008, 408 et 1990, suite à question préjudicielle de com. 23 janv. 2007 B5, *D.* 2007 AJ 439, obs. CHEVRIER et 1308 obs. RS : l'agent d'un secteur a droit à commission même lorsque l'opération s'est faite sans son intervention.

ne sont pas des créances économiques car la créance acquise est une notion particulièrement vague insusceptible de constituer une catégorie juridique.

Conclusion de section, comparaison de la créance économique :

794. La comparaison du concept de créance économique est d'autant plus importante que le concept n'a pas encore été mis en exergue, qu'il n'existe pas en droit de façon consciente, mais se manifeste malgré tout de façon sous-jacente. En effet, en l'absence de conscience de la créance économique, d'autres concepts se trouvent utilisés à sa place de façon insatisfaisante. Ces autres concepts sont l'exigibilité, la perception des revenus et la notion plus floue de créance acquise.

795. Exigibilité et créance économique représentent toutes les deux des stades de perfection de la créance juridique, ce qui les rapproche, mais leurs fonctions et leurs dates de survenance sont néanmoins dissemblables. L'exigibilité représente la date à partir de laquelle le paiement du prix peut être réclamé, tandis que la créance économique représente la date de production de la valeur par l'exécution de la prestation sans lien avec la date à laquelle le paiement peut être réclamé. Les dates de survenance sont dissemblables dans les contrats à exécution successive, car la production de la valeur se fait de façon progressive tandis que la date d'exigibilité survient de façon instantanée. Dans le bail, l'exigibilité survient en début ou fin de période contractuelle selon les stipulations des parties, la consolidation économique survient au fur et à mesure de jouissance des locaux octroyée. L'effet peut être approchant à mesure que la période contractuelle prévue pour le paiement est petite, par exemple mensuelle. Mais l'écart augmente à mesure que cette période s'accroît, par exemple annuelle.

796. La **perception** peut également être vue comme un stade de perfection de la créance, sa perfection ultime puisque la créance s'éteint par cette perception, son paiement. Or, telle est la raison d'être de la créance juridique, son extinction. Néanmoins, là encore les fonctions et les dates de survenance sont différentes de la créance économique. Celle-ci n'éteint pas la créance juridique, mais consolide son existence par l'exécution de la prestation. Surtout, ayant une fonction informative sur le moment de la production de la valeur, le paiement est à son égard indifférent, car il ne fait pas disparaître la valeur créée. C'est en matière de revenus que la confusion entre perception et créance économique survient. La perception est utilisée là où ce devrait être la date de naissance économique du revenu. En effet, le revenu représente le produit d'une créance juridique, il n'est pas la créance juridique elle-même. Lorsqu'il est acquis à titre onéreux, le revenu est un produit et constitutif d'une créance économique. Dès lors, sa date de survenance n'est autre que la date de naissance de la créance économique, une naissance au fur et à mesure de l'exécution de la prestation fournie en échange de ce revenu.

797. Contrairement à l'exigibilité et à la perception, « l'acquisition de la créance » est une notion particulièrement floue. À l'observation des occurrences dans lesquelles elle est utilisée, elle pourrait se définir comme tout stade de perfection d'une créance juridique. Il n'est dès lors pas surprenant que certains cas de créances économiques soient appréhendés par le vocable de « **créance acquise** ». Mais d'autres hypothèses sont désignées par ce même vocable sans pour autant qu'il s'agisse de créance économique. La créance acquise est en réalité une notion trop floue et diffuse pour constituer une catégorie juridique à part entière. Il s'ensuit que ce vocable ne pouvait être utilisé pour désigner la seconde acception de la créance mise en exergue dans les présents travaux et que le choix de l'expression « créance économique » se trouve ainsi conforté.

Conclusion de chapitre, conceptualisation de la créance économique :

798. Ontologiquement, la créance économique reste juridique. Elle n'est pas un concept économique qui s'impose au Droit. Elle constitue un mécanisme juridique d'inspiration économique qui s'insère dans le système de droit privé. Elle diverge dans sa nature de la créance au sens de droit subjectif que nous prénommons « créance juridique » pour l'opposer à la « créance économique ». Cette opposition de nature ne signifie pas néanmoins que les concepts se concurrencent. Ils se complètent au contraire. La créance économique représente une autre appréhension, une autre vision de la créance juridique. Plus précisément, le concept de **créance économique** est **incorporé** à la **créance juridique** de prix exprimée en **monnaie**. Pour cette raison, la créance économique n'existe pas sans l'existence préalable de la créance juridique dont elle est issue. Sous un autre point de vue, la créance économique représente un nouveau plan de perfection de la créance juridique, une consolidation économique.

La créance économique représente la valeur subjective générée par l'exécution de la prestation caractéristique prévue au contrat synallagmatique à titre onéreux. Cette valeur n'est cependant pas économique et objective, elle reste juridique et subjective. Elle est en effet fournie par l'équivalent stipulé par les parties au contrat. Cette essence et l'absence de nature d'un droit subjectif personnel expliquent que la créance économique résiste à l'extinction, au paiement du prix. En effet, malgré ce paiement, la valeur générée par l'exécution de la prestation ne disparaît pas.

799. Techniquement, l'existence d'une acception économique de la créance repose sur la particularité de la monnaie. Elle s'incorpore en réalité à toute obligation monétaire. En effet, la **monnaie** présente une double nature et une double fonction. Outil juridique en tant qu'objet d'une obligation de paiement stipulée en argent, la monnaie constitue également un outil économique en tant qu'**instrument de valorisation permettant la commensuration** de tous les biens et de tous les services échangeables. La définition que donne le PCG de la créance, en réalité la créance économique, permet de parfaire l'aspect technique de la créance économique : la créance économique est une « valeur économique » négative ou positive, une obligation ou une créance « sans contrepartie » à l'égard d'un tiers¹. Lorsque la créance monétaire constitue le prix stipulé dans un contrat synallagmatique, ce prix se trouve compensé au jour de contrat par la prestation attendue du cocontractant. La créance juridique est née, la créance économique ne l'est pas encore. Elle ne naîtra qu'avec l'exécution de la contreprestation.

800. De l'existence d'une date de naissance atypique de la créance de prix a été induite celle d'une seconde acception de la créance que nous avons nommée « créance économique ». Ayant cerné l'essence, la définition et la nature de cette créance, il importe à présente de revenir au point de départ pour parfaire la conceptualisation de cette notion, sa date de naissance. En effet, si par hypothèse la créance économique de prix naît de l'exécution de la prestation caractéristique, cela n'empêche pas de rencontrer des difficultés dans l'identification et la datation de cette dernière. Ces complications dans la datation de la naissance de la créance économique nécessitent d'être soulevées dans le cadre de sa conceptualisation, à défaut de quoi le concept serait d'application incertaine et peu sécurisante.

¹ Cette définition, particulièrement synthétisée pour les propos conclusif, découle de la lecture conjuguée des articles 212-2 et 212-1 du PCG pour la dette, ainsi que des articles 211-1 et 211-2 du PCG pour la créance corrélative.

Chapitre 3 : Complications de datation de la naissance de la créance économique

801. Il convient de rappeler que l'objectif poursuivi n'est autre que la restauration de la cohérence du droit privé en matière de date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique. C'est dans ce cadre que l'émergence du concept de créance économique est proposée. Cela implique une approche particulière propre à une démonstration d'ensemble située sur le terrain de la date de naissance de la créance en droit positif français. Pour cette raison, il apparaît utile d'aborder la détermination de la date exacte de naissance de la créance économique dans le cadre de sa conceptualisation.

La date de naissance constituait le point de départ de la recherche. Mais la prise de conscience du phénomène qui se cachait derrière, une acception économique de la créance, permet de revenir sur la date de naissance pour l'étudier et la préciser à l'aune d'une connaissance nouvelle du phénomène qu'elle représente. C'est un mouvement d'induction et de déduction. La date de naissance atypique fut le catalyseur permettant la découverte et l'étude d'une autre acception de la créance. Une fois le phénomène identifié et analysé, il est possible redescendre à la date de naissance de cette créance pour y apporter des précisions.

802. La créance économique de prix naît au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation qu'elle rémunère. Tout n'est pas dit pour autant quant à la datation de la naissance de cette créance économique. Encore faut-il déterminer convenablement quelle est cette prestation pour dater la naissance de la créance économique.

Dans son *Traité des obligations*, Pothier¹ traite de l'objet du contrat qui n'est autre que celui de la prestation caractéristique. Plus récemment, Jacques Ghestin explique qu'il s'agit certes d'une « ellipse »² désignant l'objet de l'obligation, mais précise qu'il s'agit de l'utilité économique du contrat permettant de déterminer l'opération économique qu'il permet d'opérer. La prestation caractéristique est celle qui caractérise le contrat, s'opposant en cela à la prestation non-caractéristique de prix exprimée en monnaie. Elle peut revêtir des dénominations variées : obligation essentielle, fondamentale, principale, primaire³... Nous conserverons cependant l'expression la plus connue de « **prestation caractéristique** ». Elle représente l'utilité économique du contrat. La prestation caractéristique incarne « *le but économique poursuivi par la prestation* »⁴.

La prestation caractéristique est essentielle car elle permet la qualification du contrat qui, à défaut d'être traitée par le Code, s'opère par une méthode plutôt intuitive⁵ à partir de sa globalité. Alors que dans les contrats nommés, elle se déduit des textes et de leur interprétation jurisprudentielle, dans les autres contrats, il faudra consulter la pratique, la volonté réelle des parties, le cadre qu'elles se sont

¹ *Op. cit.* p. 117.

² J. GHESTIN, *Formation du contrat*, Traité, LGDJ, n°679. Dans le même sens, DEMOLOMBE, livre 3, tome 3 art. 1126 à 1128 du Code civil.

³ M. FAURE ABBAD, *Fait générateur de responsabilité contractuelle*, th. 2003.

⁴ E. PUTMAN, th. op. cit., n°78.

⁵ J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, op. cit., n°9.

donné pour préciser ce qui constitue le noyau dur de leur projet¹. On induit donc la qualification à partir de la globalité du contrat, ce qui permet d'identifier la prestation caractéristique à partir de la structure type du contrat nommé en cause. Il sera dès lors beaucoup plus délicat de déterminer la prestation caractéristique d'un contrat innommé, la difficulté de l'exercice croissant avec la complexité du contrat. Elodie Ancel remarque Toutefois qu'on trouve dans la plupart des contrats une prestation caractéristique contre rémunération².

803. Dans le cadre de précisions et de mise en garde des complications potentielles en matière de détermination de la date de naissance de la créance économique, il apparaît incontournable d'utiliser certains cas d'application qui sont d'ores et déjà acquis à ce stade de la démonstration. Tel est le cas du privilège de l'ancien l'article 40 qui constitue le fondement de la thèse matérialiste et qui constituait le point de départ, le domaine à partir duquel fut mise en évidence la problématique quant à la date de naissance de la créance de prix. Tel est également le cas du contentieux en matière de TVA dont il a été observé qu'il pouvait constituer une source fructueuse d'inspiration³.

Par exemple, en matière de reprographie, une hésitation surgit entre les qualifications de vente et de prestation de service. Si c'est une vente, la créance économique naît au moment de la livraison, tandis que si c'est une prestation de service elle naît au fur et à mesure de son exécution. La CJCE a répondu que la qualification dépendait de l'ampleur des travaux de retraitement avant reprographie et du temps consacré et de leur coût⁴. Si ces travaux ne sont pas prédominants, c'est une vente, s'ils le sont, c'est une prestation de service. Pour les travaux d'impression, la Cour administrative d'appel de Paris a décidé que la qualification dépendait de la provenance des matières premières, en particulier du papier⁵. Si celui-ci est fourni par le client, c'est une prestation de service, sinon c'est une vente.

Le contentieux en matière de TVA montre clairement qu'il n'est pas toujours évident d'identifier la prestation caractéristique du contrat.

Il n'est pas possible d'aborder dans le cadre de cette étude toutes les difficultés qui pourraient naître en la matière pour toutes les catégories de contrat. Il sera suffisant de relever qu'il en existe déjà pour les contrats les plus courants, la vente (section 1) et a prestation de service (section 2).

¹ F. COLLART DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, n°28 s.

² M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique*, Economica 2002.

³ Cf. supra N°650 et s.

⁴ CJCE, 11 févr. 2010 aff. C-88/09, *Graphic Procédé c/ Ministre du budget*.

⁵ CAA Paris, 28 déc. 1995, n°95PA167, *Dr. fisc.* 1996, 403. Également CAA Nantes, 5 oct. 1999, n°96NT1443, *Dr. fisc.* 2000, 618. Le raisonnement est similaire pour les photgraveurs, CE, 16 févr. 2000, n°195743, *Dr. fisc.* 2000, 480. Dans la même veine, la duplication en grandes séries de cassettes vidéo à partir d'un exemplaire original confié par le client ne constitue pas une prestation de services mais la livraison de biens meubles corporels nouveaux destinés à être commercialisés (CAA Nancy, 1er juill. 1999, n°95NA1586, *Dr. fisc.* 2000, 462). Sans doute, si les nouvelles cassettes vidéo étaient fournies par le client, il s'agirait d'une prestation de service et non plus d'une vente. Enfin, les tirages photographiques sont également considérés comme des ventes (Instr. 4 avr. 2008, BOI 3 A-2-08).

Section 1 : Difficultés pour une vente

804. Le contentieux du droit des entreprises en difficulté rendu en matière de contrats en cours éclaire les difficultés en matière de datation de la naissance de la créance économique. Le régime des contrats en cours est en effet corrélatif du privilège de procédure. C'est parce que sa créance de prix est privilégiée et son paiement garanti que le fournisseur pourrait être contraint de poursuivre le contrat d'approvisionnement avec l'entreprise qui connaît des difficultés.

Les contrats en cours sont ceux dont l'administrateur peut imposer la poursuite malgré l'inexécution des engagements antérieurs et ce, en contradiction avec le droit commun des contrats, de la résolution, de l'exception d'inexécution et de la lettre de l'article 1613 du Code civil en matière de vente qui autorise le vendeur à ne pas délivrer en cas de faillite de l'acheteur. Mais cette continuation n'est possible, en droit comme en fait, que si l'on garantit au créancier qu'il sera payé pour les prestations nouvelles qui lui sont demandées en vertu du contrat anciennement prescrit. Là réside la corrélation avec le privilège de procédure, car cette garantie en relève. Ainsi, les contrats en cours sont nécessairement des contrats qui vont bénéficier du privilège de procédure pour leur exécution postérieure au jugement d'ouverture, des contrats qui vont donner naissance à des créances économiques postérieurement au dit jugement et qui vont à ce titre bénéficier du privilège de procédure. Et pour ces mêmes raisons, lesdits contrats seront soumis au régime des contrats en cours qui déroge notamment à la suspension des actions en résolution pour défaut de paiement du prix en ce qu'en l'absence de réponse de l'administrateur mis en demeure par le cocontractant de se prononcer sur la continuation d'un contrat, ce créancier peut en obtenir la résolution judiciaire¹.

L'observation du contentieux en droit des entreprises en difficulté montre donc qu'il faut d'abord déterminer de façon abstraite quel événement incarne la prestation génératrice de la créance économique dans la vente (§1). Ce n'est qu'une fois ces bases posées qu'il sera ensuite possible d'observer que des difficultés de mise en œuvre peuvent encore persister (§2).

§ 1 : Dans la détermination abstraite

805. La créance économique naît au jour de la délivrance matérielle en matière de meubles (A), mais elle naît au jour du transfert de propriété en matière d'immeuble (B). Telles sont les solutions qui résultent de l'observation du droit positif et qui pourrait être remise en cause concernant les immeubles.

A. La date de livraison matérielle des meubles

806. Il convient avant de constater cette solution (1) avant de l'expliquer (2) pour ensuite préciser le contenu de cette livraison matérielle (3).

¹ Résolution de plein droit en cas de décision de ne pas poursuivre le contrat de la part de l'administrateur mis en demeure.

1/ Le constat

807. Dans les trois arrêts qui suivent de la chambre commerciale de la Cour de cassation, l'ouverture de la procédure collective s'était intercalée entre la commande et la livraison. La chambre commerciale applique cependant le privilège de procédure à la créance de prix, fixant ainsi la date de naissance de la créance (économique) au jour de la livraison.

Dans un arrêt de rejet du 22 nov. 1994¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce que *« la cour d'appel a exactement déduit que le fait générateur de la créance étant celui de la remise du matériel... »*.

Dans un arrêt du 3 avr. 2001², l'arrêt d'appel est cassé pour avoir refusé d'appliquer le privilège de procédure en fixant la naissance de la créance au jour antérieur au contrat, alors que l'arrêt avait *« constaté qu'une partie du matériel avait été remise à la débitrice et installée postérieurement au jugement d'ouverture, ce dont il résultait que le fait générateur de la créance correspondante était celui de la remise du matériel et que, dès lors, ladite créance entrait dans les prévisions de l'article 40 »*.

Enfin, moins explicite sur le plan abstrait, dans un arrêt du 15 février 2000³, la Haute juridiction casse l'arrêt d'appel qui avait refusé d'appliquer le privilège de procédure à une créance de prix dont la livraison avait eu lieu postérieurement au jugement d'ouverture au motif que le contrat était antérieur.

Certes, en matière de marchandises, choses de genre, le transfert de propriété s'opère en principe au jour de la livraison car c'est à ce jour que les marchandises sont individualisées. Cependant, la Haute juridiction n'évoque même pas le transfert de propriété dans ces arrêts. Elle se focalise systématiquement sur la livraison, la remise matérielle de la chose.

808. D'autres arrêts font le départ entre le transfert de propriété d'une part et la livraison matérielle du bien d'autre part, le choix s'orientant vers cette dernière.

Dans un arrêt du 5 mai 2004 la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce *« qu'un contrat de vente de biens mobiliers dont la propriété est réservée lors de l'ouverture de la procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'art. L. 621-28 du Code de commerce »*⁴. La Haute juridiction casse donc l'arrêt d'appel qui avait statué en sens contraire au motif que le transfert de propriété ne s'était pas encore produit au jour de l'ouverture de la procédure collective.

¹ Com., 22 nov. 1994 n°91-18981, P.

² Com., 3 avr. 2001, n°98-14049, inédit.

³ Com., 15 févr. 2000, n°96-17884, P, D. 2000, 160, A. LIENHARD : est cassé l'arrêt de la cour d'appel qui a refusé de faire bénéficier de l'anc. art. 40 la créance de prix au motif que *« la commande qui ... fait naître l'obligation au paiement est intervenue avant la procédure collective »*.

⁴ Com., 5 mai 2004, n°01-17201 et 01-17590, P, RTD civ. 2004, p. 760, P. CROCQ, D. 2004, 2144 F.-X. LUCAS, D. 2004, 1525, A. LIENHARD.

Nous avons déjà évoqué le lien logique existant entre le régime des contrats en cours et le privilège de procédure. Si le contrat est en cours, c'est que la prestation caractéristique du contrat n'est pas encore épuisée, que la créance économique de prix corrélative n'est pas encore née, mais naîtra après le jugement d'ouverture pour la partie exécutée postérieurement à celui-ci et bénéficiera à ce titre du privilège de procédure. Si le contrat n'est pas en cours, c'est que la prestation caractéristique faisant naître la créance économique était déjà exécutée avant le jugement d'ouverture. Or, dans cet arrêt, la livraison avait eu lieu avant, tandis que le transfert de propriété n'avait pas encore eu lieu. C'est donc bien que la créance économique naît de la livraison matérielle du bien et non pas du transfert de propriété. La prestation caractéristique au sens de la créance économique, celle qui la fait naître, réside dans la livraison matérielle et non pas dans le transfert de propriété du bien.

Certes l'enjeu qui a présidé à l'arrêt n'existe plus depuis la réforme. À l'époque, le délai préfix de trois mois pour exercer l'action en revendication, s'il courrait en principe à compter du jugement d'ouverture, courrait exceptionnellement pour les contrats en cours à compter du terme ou de sa résiliation, exception ayant disparu avec la réforme de 2005¹. Qualifier le contrat de vente avec réserve de propriété aurait donc eu pour effet de ne jamais faire courir le délai préfix, raison pour laquelle la doctrine² était alors d'avis que l'exception ne devait concerner que les contrats à exécution successive³.

La solution n'est cependant pas opportuniste⁴, car la disparition de l'enjeu ne remet pas en cause l'apport théorique de l'arrêt quant à la qualification du contrat de vente avec clause de réserve de propriété. L'arrêt vient donc préciser la catégorie des contrats en cours⁵, mais ne l'obscurcit pas. En effet, dans un arrêt antérieur du 3 avril 2001⁶, la Haute juridiction avait déjà statué dans le même sens, mais sans préciser le fondement juridique de sa solution. Elle aurait pu procéder de même en 2004, ce qu'elle ne fit pas. Dès lors, le fondement théorique doit survivre à la disparition de l'enjeu. Bien que l'exception pour les contrats en cours du point de départ du délai d'exercice de l'action en revendication ait aujourd'hui disparu, la qualification du contrat de vente avec clause de réserve de propriété en contrat qui n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture n'a pas à être remise en cause.

¹ L'anc. art. L. 621-115 est devenu le nouvel art. L. 624-9 du Code de commerce.

² A. MARTIN-SERF, « Les revendications et les restitutions : questions procédurales », in Actes du colloque du CRAJEFE du 25 avr. 1998, Editions CEF, p. 102.

³ F. PEROCHON, « La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994) », D. 1994, Chron. p. 251, n° 7 et A. LIENHARD, D. 2004, 1525, obs. sous com. 5 mai 2004) soulèvent qu'aucun des concepts de terme ou de résiliation ne sont applicables aux contrats de vente avec réserve de propriété. Effectivement, il n'y a pas de terme extinctif. Effectivement, il n'y a pas de résiliation *stricto sensu*. Ce second argument mérite cependant d'être nuancé car on sait que le législateur tend parfois à utiliser pour synonymes les termes de résiliation et de résolution. Or, la résiliation est envisageable dans l'hypothèse où l'on considère qu'il s'agit d'un contrat en cours. Il suffit que l'administrateur ait été mis en demeure de se prononcer sur sa continuation et qu'il n'ait pas répondu ou qu'il ait répondu négativement.

⁴ Contra A. LIENHARD, obs. sous Com., 5 mai 2004, D. 2004, 1525.

⁵ Contra P. CROCQ, obs. sous Com., 5 mai 2004 précité, RTD civ. 2004, p. 760 : l'auteur parle de remise en cause de la conception même de contrat en cours.

⁶ Com., 3 avr. 2001, n°98-11169, P : l'arrêt énonce simplement et lapidairement que « le délai de revendication de trois mois ... a pour point de départ la publication du jugement ouvrant la procédure » dans le cas d'un contrat antérieur de vente avec réserve de propriété pour rejeter le pourvoi et confirmer l'arrêt d'appel par une substitution de motifs.

La lettre de l'article L. 6214-16 du Code de commerce¹ vient conforter cette analyse. L'article ménage la possibilité pour l'administrateur de faire échec à l'action en revendication du vendeur sous réserve de propriété par un paiement immédiat du prix et précise *in fine* que ce paiement « *est alors assimilé à celui d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture* »². S'il est assimilé, c'est qu'il ne s'agit pas d'une créance postérieure, que le régime des créances postérieures ne lui est appliqué que par disposition expresse de la loi, c'est qu'il s'agit d'une créance antérieure. Or, le transfert de propriété est dans cette hypothèse nécessairement postérieur puisqu'il intervient simultanément au paiement du prix. Ce n'est donc pas le transfert de propriété du bien meuble qui fait naître la créance économique mais bien la livraison qui est effectivement antérieure quant à elle.

2/ Les explications

809. La créance économique naît de l'exécution de la contre-prestation. Mais le transfert de propriété n'est pas l'exécution d'une prestation, il est un effet réel et automatique du contrat de vente. Cette observation permet déjà de comprendre pourquoi la date de naissance de la créance économique ne se situe pas à la date du transfert de propriété, mais à la date de la livraison, de la remise matérielle. Mais c'est aussi l'expression en droit d'une certaine prééminence du matériel sur le juridique pur.

810. L'emprise des faits sur le droit trouve son expression dans la technique comptable de l'inventaire, qui se répercute nécessairement en droit fiscal. L'inventaire constitue la comptabilisation physique et matérielle des stocks à la clôture. Ainsi, les matières qui ne sont pas dans les locaux de l'entreprise, qui n'ont pas encore été livrées, ne figureront pas à l'actif de l'entreprise, quand bien même seraient-elles individualisées chez le vendeur, quand bien même la propriété en serait dès lors déjà transférée à l'acheteur. Inversement, des matières qui sont déjà dans les locaux de l'entreprise seront incluses dans l'inventaire et figureront à l'actif de l'entreprise, quand bien même la propriété n'aurait pas encore été transférée à l'entrepreneur en raison d'une clause de réserve de propriété.

L'art. 38-2 bis du Code général des impôts confirme cette solution, cet attachement au factuel et au matériel, en disposant que la livraison, événement à la date duquel doit être rattachée la créance de prix, s'entend de la remise matérielle, quand bien même la vente comporterait une clause de réserve de propriété.

L'art. 313-3 du Plan comptable général constitue sa résonnance comptable, disposant que la vente avec réserve de propriété est comptabilisée au jour de la livraison et non pas au jour du transfert de propriété.

D'ailleurs, certaines techniques de valorisation financière des titres³ s'affranchissent totalement du critère de propriété pour se focaliser sur le seul critère de la possession, de l'utilisation des biens et

¹ Anc. art. L. 621-122 non substantiellement modifié par la réforme du 26 juill. 2005.

² Anc. art. L. 621-122 al. 4, la réforme de 2005 ayant succinctement retouché l'article pour le mettre à jour avec la nouvelle vision des créances postérieures, le nouvel art. L. 624-16 al. 4 énonçant quant à lui que « *le paiement du prix est alors assimilé à celui des créances mentionnées au I de l'article L. 622-17* ».

³ Méthode dite du GoodWill.

impliquent alors un retraitement des comptes sociaux afin que les biens que l'entreprise utilise mais dont elle n'est pas propriétaire apparaissent au bilan et que les éventuelles redevances de crédit-bail soient retraitées et ventilées en remboursement d'emprunt et intérêts.

La directive du 28 novembre 2006 en matière de TVA¹ confirme cette analyse disposant en son article 14, repris par notre article 256 I et II du CGI, qu'est « *considérée comme livraison de biens, le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire* » et qu' « *est considérée comme livraison de biens (...) la remise matérielle d'un bien en vertu d'un contrat* » reportant le transfert de propriété, soit à l'issue d'un contrat de location, soit lors du complet paiement en cas de clause de réserve de propriété. « Comme un propriétaire », cela signifie bien que la propriété n'est pas l'événement générateur de la taxe. Plus explicite, la CJCE rappelle que « *l'art. 5-1 de la 6^{ème} Directive TVA doit être interprété en ce sens qu'est considéré comme "livraison de bien" le transfert du pouvoir de disposer d'un bien corporel comme un propriétaire, même s'il n'y a pas transfert de la propriété juridique du bien* »². Par un arrêt du 28 octobre 1999, la Cour administrative d'appel de Paris rappelait que, « *quelle que soit la date du transfert de propriété, la TVA n'est exigible qu'au moment de la livraison matérielle des produits* »³.

811. La raison en est simple et elle résonne avec la différence essentielle entre les concepts de créance économique et juridique. **Ce n'est pas avec des promesses (créance juridique) que l'on peut alimenter une activité économique, c'est avec du concret, de la matière (créance économique).** La promesse de farine n'est pas d'une grande utilité au boulanger pour faire son pain, seule la livraison de farine est intéressante. Cette idée est au cœur du privilège de procédure qui sert à favoriser les fournisseurs qui alimentent l'activité économique de l'entreprise en difficulté. La promesse de fourniture suffit à faire naître la créance juridique, la protection du droit, la sanction judiciaire lui donne suffisamment corps, mais elle ne suffit pas à faire naître la créance économique qui nécessite la livraison matérielle pour exister.

812. Le droit international de la vente de marchandises constitue un terrain propice à la mise en évidence des avantages d'un critère purement matériel. Béatrice Deshayes fait ainsi remarquer, dans un article sur le lieu de livraison au sens du règlement de Bruxelles, qu'après quelques errements, la jurisprudence s'est orientée vers un critère purement factuel, qui présente seul les avantages de sécurité et de prévisibilité juridique : le lien de la remise matérielle des marchandises à leur destinataire⁴.

¹ Directive n°2006/112/CE. Le marché unique et la libre circulation des marchandises a nécessité d'harmoniser fortement les législations des Etats membres en matière de TVA. En effet, la TVA s'incorpore au prix et peut dès lors engendrer des « *avantages concurrentiels fiscaux* » pour les opérations qui seraient taxées dans certains pays mais pas dans d'autres. La 6^{ème} Directive du 17 mai 1977, récemment refondue par une Directive du 28 nov. 2006 (n°2006/112), se charge de cette harmonisation. Elle porte essentiellement sur l'assiette de la taxe, laissant une petite marge de manœuvre aux pays pour ce qui concerne le taux.

² CJCE, 6 févr. 1990, aff. C-320/88, *DF* 1990, 1200 obs. E. K. CJCE, 6 févr. 2003, aff. C-185/01, *DF* 2003, 421, *RJF* 2003, 524.

³ CAA Paris, 28 oct. 1999 n°96-4292, *RJF* 2000, 770, *DF* 555 concl. Mortelecq.

⁴ B. DESHAYES, « Le « *lieu de livraison* » au sens de l'article 5-1 b) du règlement Bruxelles I », *JCP G* 2010 n°1190, étant entendu que les marchandises peuvent partir directement de chez le fabricant qui peut ne pas être le vendeur et être livrées directement chez le consommateur ou leur destinataire final qui peut ne pas être l'acheteur. C'est traditionnellement la loi du pays où le vendeur a son siège, d'après la convention de Rome du 19 juin 1980 pour les contrats antérieurs au 17 décembre 2009 et le Règlement Rome I pour les contrats postérieurs. L'art. 5-1 b) du règlement de Bruxelles prévoit quant à lui la compétence du lieu d'exécution de l'obligation servant de base à sa demande et qui est sauf convention contraire, pour la vente le lieu où les

Dans une étude plus vaste sur le contrat en droit privé européen, Thomas Kadner Graziano¹ montre que la différence entre les effets réels et personnels, abstraits et concrets du contrat de vente s'atténue en droit international à cause de la trop grande disparité entre les pays quant au mode de transfert de propriété, il est dès lors logique que le dénominateur nécessairement commun, la livraison matérielle, l'emporte sur le critère juridique abstrait disparate du transfert de propriété.

813. Mais il n'est pas nécessaire d'aller sur le terrain du droit international privé pour relever la prééminence du matériel sur le juridique. Outre le droit de rétention, il suffit de relever la présomption de titre en matière de possession de meubles dont traite l'article 2276 du Code civil et qui fait de la possession un titre de propriété abstrait indépendant des droits du cédant qui n'était pas propriétaire.

814. Pour se rapprocher davantage de la vente et du droit des entreprises en difficulté, l'article 1613 du Code civil constitue à cet égard une illustration plus circonstanciée de la prééminence du matériel, du factuel, sur le juridique, de la remise matérielle factuelle et concrète de la chose sur le transfert de propriété abstrait et juridique. L'article dispense le vendeur de son obligation de délivrance lorsque l'acheteur est « tombé en faillite ». Il n'est fait aucun égard au transfert de propriété dans cet article, peu importe qu'il s'agisse d'un corps certain ou d'une chose de genre déjà individualisée avant la livraison, peu importe donc que le transfert de propriété se soit déjà opéré au profit de l'acquéreur avant la livraison.

815. La différence de datation de la naissance de la créance économique entre les meubles et les immeubles pourrait surprendre. Elle **s'explique** par la plus grande stabilité des immeubles. Elle explique qu'ils soient moins en proie à un décalage entre leur possession et leur propriété. Les clés sont généralement remises au jour de la signature de l'acte notarié, événement cristallisant en principe le transfert de propriété. Une sorte de changement de paradigme s'opère du fait de la différence de nature, la différence essentielle entre les acceptions économique et juridique de la créance, de la propriété vers la possession, du droit vers le fait. Ce n'est plus la livraison qui fait présumer le transfert de propriété, car elle constitue l'individualisation d'une marchandise fongible, c'est **la livraison qui se trouve présumée par le transfert de propriété en matière d'immeuble !** À cet égard, le transfert de propriété de l'immeuble ne serait que la manifestation la plus stable d'une mise en possession de son acquéreur. Jérôme Huet soulève d'ailleurs que, si l'article 1604 du Code civil n'opère pas de différence quant à la délivrance entre les meubles et les immeubles, il n'en reste pas moins que celle-ci s'impose et se trouve « *en réalité très nette dans le Code civil* »².

3/ Les précisions

marchandises ont été ou auraient dû être livrées, pour les fournitures de services, le lieu où le service a été ou aurait dû être fourni.

¹ T. KADNER GRAZIANO, *Le contrat en droit privé européen*, LGDJ, 2^e éd. 2010, p. 381 s.

² J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ 2001, n°11239.

816. La doctrine soulève une **différence de sens entre la livraison et la délivrance**. La livraison « évoque un acte purement matériel de remise de la chose entre les mains de l'acheteur (...) alors que la délivrance est un acte juridique de mise à la disposition de l'acheteur, concrétisant sa vocation à exercer sur la chose vendue la plénitude de ses droits de propriété et qui n'implique pas nécessairement de la part de ce dernier une appréhension effective de la chose »¹. Livraison matérielle ou délivrance juridique, ne faut-il pas choisir pour fixer l'événement générateur de la créance économique ? La vision matérialiste inhérente à l'acception économique de la créance pousserait davantage *a priori* vers la conception matérielle de la livraison.

Il nous semble qu'il n'y a **en réalité pas de véritable opposition**, si bien qu'il apparaît inutile de choisir. Comme l'expose le Conseil d'État dans un arrêt du 4 mars 1991 en matière de TVA², pour définir la livraison fait générateur de la TVA, il y a lieu de se référer à la notion civiliste de délivrance dont traitent les articles 1604 et suivants du Code civil. La solution est reprise en doctrine³. Derrière la livraison, c'est la délivrance dont il s'agit, ce qui est normal puisqu'il s'agit là de l'obligation principale du vendeur, or c'est de l'exécution de la prestation caractéristique que naît la créance économique.

La livraison constitue donc un terme plus frustre désignant la délivrance. C'est qu'il faut tenir compte du principe de quérabilité des marchandises. Dans la vente, c'est à l'acheteur de venir chercher les choses achetées et non pas au vendeur de les livrer, sauf stipulation contraire des parties.

Malgré tout, la délivrance ne peut pas être dénuée d'objectivité, elle reste matérielle. Elle réside à tout le moins dans la mise à disposition des marchandises par le vendeur. Elle s'opère lorsque « *plus rien ne s'oppose, du fait du vendeur, à ce que l'acquéreur commence l'exploitation* »⁴. La livraison, même sous la forme plus subtile d'une délivrance, demeure matérielle. Il est vrai que l'article 1606 du Code civil dispose que « *la délivrance peut s'opérer par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente* ». Mais il nous semble que cette délivrance implique une mise à disposition, plus aucun acte matériel et factuel du vendeur n'est nécessaire pour que l'acheteur puisse prendre possession des biens acquis.

Ainsi, si le vendeur s'engage à livrer, la créance économique naîtra *stricto sensu* au jour de la livraison matérielle du bien. À défaut, il faudra s'en remettre aux stipulations des parties ou aux usages pour déterminer le contenu de l'obligation de délivrance et fixer ainsi la date de naissance de la créance économique. Si l'acheteur fait appel à un transporteur, la délivrance sera opérée par la remise des marchandises au transporteur⁵. Comme le soulève Maurice Cozian⁶, les usages peuvent être d'un grand secours. L'auteur prenait comme exemple la délivrance du vin par les viticulteurs pour relever que les usages en la matière conduisaient à opérer une différence entre le Bourgogne et

¹ J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, Traité, LGDJ 1990, n°666.

² CE, 4 mars 1991, n°97595, *RJF* avr. 1991 n°431. Déjà antérieurement, CE, 31 mars 1978 n°1683, *DF* 1978, 1974, *RJF* 1978, p. 150, concl. M. LAPRADE.

³ Paul Marie GAUDEMONT et Joël MOLINIER, *Finances publiques*, Tome 2 Fiscalité, Montchrestien Domat, 6^{ème} éd. 1997, n°1384, « pour les livraisons de biens meubles corporels, le fait générateur est constitué par la délivrance des biens ».

⁴ Civ. 1, 13 juill. 1982 n°79-13276, P, concernant la délivrance de matériaux non encore extraits, envisagés dans leur état futur comme meubles par anticipation.

⁵ Com., 14 déc. 2010 n°09-71947, P.

⁶ M. COZIAN, *La méthode de la comptabilité d'engagement ou la théorie des créances acquises*, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec 4^e éd. 1999, doc. 10, p. 147, n°27 et s.

le Bordeaux. Les usages du Bordelais conduisent à dater cette délivrance au moment du conditionnement du vin en cartons, tandis que ceux de la Bourgogne conduisent à dater la délivrance à l'individualisation des chais de vin par attribution au négociant. Relevons cependant que, dans les deux hypothèses, les viticulteurs ne se sont pas engagés à livrer le vin qui est donc quérable par les négociants. Il s'agit donc dans les deux situations des actes matériels effectués par le viticulteur pour que le vin soit mis à disposition, à ceci près qu'il l'est par la mise en bouteille dans un cas, la mise en tonneau dans l'autre.

Savoir que la créance économique naît de la prestation caractéristique ne suffit donc pas. Encore fallait-il préciser quelle était la prestation caractéristique dans la vente. Quand bien même son effet essentiel repose sur un transfert de propriété, ce n'est pas là une prestation personnelle, mais l'effet réel et automatique du contrat de vente. Quittant le plan abstrait de la catégorie des contrats de vente, il nous faut observer que le plan concret de l'application de ces préceptes à un cas particulier peut encore poser des difficultés.

B. La date critiquable du transfert de propriété en matière d'immeubles

817. La jurisprudence rendue en matière de contrats en cours consacre la date du transfert de propriété pour déterminer si la créance de prix du bien transféré peut bénéficier ou non du privilège de procédure. Cela implique que la jurisprudence utilise la date du transfert de propriété pour fixer la date de naissance de la créance économique de prix de l'immeuble vendu (1). Si les solutions particulières adoptées ne doivent pas être remises en cause, le fondement de la date de naissance de la créance économique ainsi déterminée peut être critiqué au regard de l'essence de cette dernière. Une solution uniforme pour la date de délivrance matérielle serait à cet égard souhaitable (2).

1/ Exposé de la jurisprudence

818. Dans un arrêt du 9 avril 1991 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, les échéances du prix de vente d'un immeuble payable à termes successifs n'avaient pas été honorées après l'ouverture de la procédure collective de l'acheteur et les juges du fond avaient prononcé la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, assimilant les échéances postérieures à des créances postérieures. Leur arrêt est cassé car « *les créances... avaient leur origine dans les contrats de vente... conclus antérieurement (...) ces contrats n'étaient plus en cours..., le transfert de propriété des immeubles vendus s'étant, en l'espèce, réalisé dès la signature de l'acte de vente* »¹. Comme la créance économique naît du transfert de propriété des immeubles, que ce transfert était antérieur à la procédure, la créance était elle aussi antérieure et soumise dès lors à la discipline de la procédure. Nous remarquons au passage l'altérité entre naissance de la créance économique et

¹ Com., 9 avr. 1991 n°89-18817, P.

exigibilité de la créance juridique ici. Les termes de paiement étaient postérieurs, mais la naissance de la créance économique leur correspondant était antérieure quant à elle.

819. Dans un arrêt du 4 mars 2003¹, la Cour approuve cette fois-ci les juges du fond d'avoir accueilli la demande en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix au motif que le transfert de propriété de l'immeuble ne s'était pas encore produit et que le contrat était par conséquent en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective de l'acquéreur. En l'espèce, le transfert de propriété était reporté par l'acte au jour de l'acte notarié qui n'avait pas encore eu lieu au jour de l'ouverture de la procédure du fait de l'attitude hautement dilatoire de l'acquéreur. C'est donc que la créance économique de prix n'est pas encore née et que le contrat est en cours lorsque le transfert de propriété de l'immeuble n'a pas encore eu lieu au jour de l'ouverture de la procédure.

820. Enfin, dans un arrêt du 1^{er} février 2000, il s'agissait de la vente d'un immeuble avec clause de réserve de propriété, les juges du fond avaient appliqué le régime des contrats en cours et prononcé la résolution judiciaire du contrat. Le pourvoi contre l'arrêt est rejeté. La haute juridiction confirme que *« le contrat de vente de l'immeuble dont l'une des clauses subordonne le transfert de propriété au paiement intégral du prix est un contrat de vente à terme (...) en cours lors de l'ouverture de la procédure collective, une partie du prix restant à payer »*². C'est donc bien que la créance économique de prix naîtra au jour du transfert de propriété qui n'était pas encore intervenu à l'ouverture de la procédure collective. La différence entre les acceptions économique et juridique de la créance se fait sentir ici car la proposition n'aurait aucun sens s'il s'agissait de la créance juridique. Cela reviendrait en effet à dire que la créance naîtra au jour de son extinction, au jour du paiement du prix déclencheur du transfert de propriété.

Nous voyons bien ici que le droit des entreprises en difficulté ne met pas en œuvre la créance au sens classique, au sens purement juridique. Par contre, la proposition a du sens en termes de créance économique car nous avons déjà soulevé que celle-ci n'était pas impactée par le paiement. Elle demeure malgré le paiement extinctif car elle sert à ventiler la créance juridique ou bien à attribuer un régime particulier à tout ou partie de celle-ci. Cela a un sens de dire ici que la créance économique de prix naîtra au jour du paiement de la créance juridique de ce même prix. Cela permet de qualifier la créance de postérieure et de valider ainsi son paiement. En effet, s'il s'agissait d'une créance économique antérieure, le paiement serait nul et il y aurait lieu à restitution.

2/ Appréciation critique

821. L'utilisation de la date de propriété est compréhensible à plusieurs égards. Sur un plan théorique, elle se comprend dans la mesure où l'existence et l'analyse de la créance économique utilisée en la matière n'ont pas encore été perçues. À cela s'ajoute le fait que le transfert de propriété constitue l'effet le plus évident et le plus puissant du contrat de vente. En outre, sur un plan pratique,

¹ Com., 4 mars 2003, n°00-13978, inédit.

² Com., 1^{er} févr. 2000, n°97-15263, P.

les solutions adoptées sont opportunistes, car elles permettent au mandataire d'effectuer un paiement postérieur d'un contrat antérieur afin de conserver la propriété d'un bien.

Néanmoins, la solution ne correspond pas à l'essence de la créance économique mise en évidence. D'autre part, une solution uniforme avec les biens meubles serait plus cohérente. L'écart de solution n'est cependant pas si grand dans la pratique. En effet, la délivrance matérielle de l'immeuble se fait le plus souvent au jour du transfert de propriété, lorsque l'acte est signé devant notaire.

L'essence de la créance économique impliquerait que ce soit le jour de la remise des clés qui soit pris en compte en matière d'immeuble, même dans l'hypothèse où le transfert de propriété ne se serait pas encore produit, par exemple par l'effet d'une clause de réserve de propriété. En effet, l'occupation concrète de l'immeuble apporte l'essentiel des utilités économiques de celui-ci, et ce quand bien même le transfert de propriété n'aurait pas été opéré. **Les solutions seraient ainsi unifiées et la créance économique de prix naîtrait du jour de la remise matérielle tant en matière de meuble qu'en matière d'immeuble.**

822. Le **fondement** des solutions précitées en matière de contrats en cours et de jeu de la clause résolutoire dans les ventes d'immeubles devrait alors être révisé. Il faudrait en effet prévoir la possibilité pour le mandataire de payer les échéances postérieures en vue de faire obstacle à une clause résolutoire pour défaut de paiement du prix par un mécanisme similaire à celui qui existe déjà en matière de levée d'option dans le cadre d'un crédit-bail en cours¹. Un raisonnement par analogie pourrait être suffisant sans qu'un texte nouveau soit encore nécessaire. La solution aurait l'avantage de ne pas être automatique et de permettre au mandataire de faire un choix d'opportunité selon que l'immeuble est nécessaire à l'exploitation ou que sa conservation est financièrement intéressante du fait d'une augmentation de sa valeur depuis le jour de son acquisition.

§ 2 : Dans l'application concrète

823. Dans l'affaire suivante, la Cour de cassation, approuvant la Cour d'appel, applique de façon erronée la date de livraison des marchandises pour fixer au regard de l'ancien article 40 la date de naissance de la créance de restitution du prix des emballages de ces marchandises. Sans doute, n'ayant pas conscience de ce qu'est la créance économique, sa nature, à quoi elle sert, la cour applique-t-elle machinalement la date de livraison des marchandises. Le même phénomène a d'ailleurs pu être remarqué en première partie pour une application machinale de la date de naissance de toutes les créances au jour du contrat. Ce n'est pas à la date de livraison des marchandises, mais à la date de restitution des emballages que la créance de restitution du prix de ces derniers aurait dû être fixée. Autrement dit, il y a confusion sur l'identification de la chose contrepartie du prix, la Cour confond entre le contenu, les marchandises, et le contenant, les emballages, qui nous intéressent seuls ici puisqu'il est question du prix des emballages et non pas des marchandises.

¹ Le mandataire peut être autorisé à lever l'option. Un mécanisme similaire existe pour permettre un paiement qui mettrait fin à un droit de rétention pratiqué sur un bien qui serait utile pour l'exploitation de l'entreprise en difficulté, son redressement ou le désintéressement des créanciers.

Il s'agissait, dans cet arrêt de la chambre commerciale du 15 octobre 1991¹, d'une vente de cuivre avec consignation des emballages. Ces derniers pouvaient être restitués au vendeur qui remboursait alors leur prix à l'acheteur du cuivre. Le vendeur de cuivre est mis en redressement puis en liquidation judiciaire. Le liquidateur réclame le paiement du prix de marchandises. L'acheteur lui oppose la compensation avec le prix des emballages restitués après le jugement d'ouverture. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, déboute l'acheteur de sa demande en compensation du fait de l'extinction pour défaut de déclaration de sa créance de restitution du prix des emballages au motif que, pour les magistrats, la date de naissance de la créance de restitution du prix des emballages devait être fixée au jour de la livraison du cuivre à l'acquéreur, la date de restitution des emballages au vendeur ne constituant que la date d'exigibilité de ladite créance.

La solution est erronée car l'ancien article 40 fait application de la créance économique qui représente la valeur fournie à l'entreprise en redressement ou en liquidation par l'exécution d'une prestation à son profit. Or, la prestation dont il est question ici n'est autre que la restitution des emballages. Restitués durant le redressement, ces derniers pourront être vendus à nouveau par le fournisseur de cuivre et constitueront ainsi un produit ou une économie, celle de l'achat de nouveaux emballages, pour l'entreprise en difficulté et bénéficiant par là même à la communauté des créanciers. C'est donc la date de livraison des emballages qui constitue la date de naissance de la créance économique de restitution du prix desdits emballages, et non pas la date de livraison du cuivre. La créance de restitution du prix des emballages restitués après l'ouverture de la procédure collective aurait donc dû constituer une créance privilégiée échappant à la sanction de l'extinction pour défaut de déclaration et pouvant à ce titre être invoquée en compensation avec la créance connexe de prix du cuivre. Remarquons au surplus que les dates de naissance et d'exigibilité déterminées par les magistrats sont fausses, même s'il s'était agi de la créance juridique².

L'identification de la prestation caractéristique, et par conséquent la datation de la naissance de la créance économique, ne pose pas difficulté uniquement en matière de vente, elle se trouve également problématique en matière de prestation de services.

Conclusion de section, les difficultés dans la vente :

824. L'essence de la créance économique commande que sa date de naissance soit fixée au jour de la délivrance matérielle de la chose vendue. Le droit positif est en ce sens en matière de meuble, où la détermination précise de la délivrance matérielle n'est pas nécessairement évidente. La solution devrait être identique en matière d'immeuble où la créance économique de prix devrait naître au jour de la remise des clés nonobstant la date du transfert de propriété. Tel n'est cependant pas la solution

¹ Com., 15 oct. 1991, n°89-20605, P.

² Comme le plus souvent en matière de consigne, la restitution des emballages n'était qu'une faculté laissée à l'acheteur du cuivre. Dès lors, au jour de la livraison du cuivre, il n'est nullement certain que les emballages du cuivre livré seront restitués par l'acquéreur. Ce défaut de certitude implique une absence de naissance de la créance de restitution du prix des emballages. Ce n'est ici pas un prêt d'emballage, il ne faut pas confondre. Ce n'est donc qu'au jour où la certitude est acquise que les emballages seront restitués que la créance naît. Or, en pratique, ce jour ne peut correspondre qu'au jour de la restitution des emballages. C'est une créance conditionnelle qui ne naîtra qu'au jour où les emballages seront restitués, s'ils le sont. De par le caractère conditionnel de la créance de restitution du prix des emballages, il y a ici coïncidence des dates de naissance des deux acceptions de la créance, juridique et économique.

adoptée en matière de contrats en cours. En la matière, le fondement juridique adopté devrait d'après nous être modifié, bien que les solutions méritent d'être maintenues. En effet, il est opportun que l'administrateur puisse payer les termes postérieurs d'une vente en vue de l'échec d'une clause résolutoire. Mais cette possibilité devrait reposer sur un choix utile et contrôlé sans lien avec la date de naissance de la créance économique, les cas étant davantage similaires à la levée d'option d'achat d'un bien utile à l'entreprise ou au paiement en vue de mettre fin à la rétention d'un bien également utile à l'entreprise.

Quoi qu'il en soit, il s'avère qu'il n'est pas nécessairement facile de déterminer de façon abstraite quelle est la prestation corrélative du prix dans un contrat déterminé, même dans un contrat de vente. Cette difficulté augmente dans l'application concrète avec la complexité du contrat en cause. Un problème similaire se retrouve avec le contrat de prestation de services.

Section 2 : Difficultés pour une prestation de services

825. Dans le contrat d'entreprise, une personne, l'entrepreneur, s'engage moyennant paiement d'une somme d'argent à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre, le maître, sans la représenter¹. En matière de TVA, la prestation de services recouvre une acception plus large puisque la Directive du 28 novembre 2006 la définit négativement par rapport à la vente, comme « *toute opération qui ne constitue pas une livraison de biens* »². Malgré tout, la jurisprudence en matière de TVA se prête à la créance économique dont le domaine n'est pas limité aux seuls contrats de vente et de prestation de services *stricto sensu*, mais s'étend, comme en matière de TVA à tout bien ou service fourni en contrepartie d'un prix fixé en monnaie.

Dire que la créance économique naît de la prestation caractéristique, comme en matière de vente, semble relativement simple et suffisant. Il n'en est rien et l'exercice peut s'avérer difficile pour ne pas dire périlleux. Le juge doit donc se livrer à une recherche de l'interprétation des parties ou se référer aux usages afin de déterminer le contenu exact de l'obligation du prestataire³. C'est ainsi que, par exemple, les commissions perçues par des intermédiaires (courtiers, agents commerciaux,...) peuvent être imposées selon les cas à la commande⁴, à l'achèvement de la prestation du commettant⁵ ou au règlement du prix par le client⁶.

Afin d'attirer l'attention sur ce facteur de complexité, nous soulèverons quelques points de difficulté (§1) avant d'exposer une jurisprudence qui nous apparaît particulièrement discutable, celle rendue en matière de privilège de procédure sur la rémunération du commissaire aux comptes (§2).

¹ F. LABARTHE et Cyril NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, Traité LGDJ 2008, n°31 *in fine*, les auteurs ajoutent comme éléments caractéristiques de ce contrat l'exécution indépendante, pour le différencier du contrat de travail, et l'absence de représentation, pour le différencier du mandat.

² Directive CE n°2006/112 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, art. 24, 1°.

³ Mémento Francis LEFEBVRE Fiscal 2009 n°626.

⁴ CE, 6 mai 1996 n°156015, *RJF* juin 1996 n°706. CA Douai, 11 déc. 2007 n°07-81, *RJF* avr. 2008 n°403.

⁵ CE, 6 juill. 1994 n°116079, *RJF* août-sept. 1994 n°885.

⁶ CE, 13 févr. 1995 n°137490, *RJF* avr. 1995 n°449.

§ 1 : Jurisprudence remarquable

826. La créance économique naît du réalisé, de la matérialité des faits. Or, les situations peuvent être complexes, variées et empreintes de nuances. Deux types de complexifications peuvent se présenter. Certaines créances peuvent ne pas avoir en principe de naissance économique divergeant dans sa date de la naissance de l'acceptation juridique, mais ce principe peut varier selon les stipulations contractuelles particulières (A). Plus couramment, il n'est parfois pas évident d'identifier la prestation faisant naître l'acceptation économique de la créance (B).

A. Complexité d'une jurisprudence changeante au gré des stipulations

827. En matière de commission, la date de naissance de la créance se situe au jour de la passation du contrat commissionné. Il n'y a pas de distinction ici en principe entre les acceptations juridique et économique de la créance. En effet, l'apport de clients et de nouveaux contrats constitue à la fois le fait générateur juridique et économique car c'est eux que la créance économique rémunère. Il n'en va cependant pas toujours ainsi car cela peut varier en fonction des stipulations contractuelles ou des usages.

Ainsi, dans un arrêt du Conseil d'État du 6 mai 1996¹ s'était posée la question de la date de naissance de la créance économique (acquise au sens du droit comptable) pour un contrat de courtage, les hauts magistrats exposent « *que si en principe, les opérations de courtage sont achevées à la date de l'accord conclu entre le vendeur et l'acheteur que le courtier a rapprochés, il peut en être autrement en vertu des usages particuliers de la profession* ». Or, en l'espèce, il s'agissait de courtiers en laine dont le rôle usuel ne s'achève pas avec la facturation de la marchandise par le vendeur, mais s'étend à la surveillance de certaines des opérations qui concourent à l'exécution du contrat. Dès lors, la rémunération et son imposition devaient être étalées en conséquence. C'est que la naissance de la créance économique n'est pas, comme celle de la créance juridique, instantanée au jour de la commande du client, elle doit être étalée et ventilée au fur et à mesure des prestations devant être accomplies par le courtier après la passation du contrat par le client.

B. Complexité dans l'identification de la prestation corrélative

828. Nous avons déjà observé dans le cas de la vente qu'il pouvait s'avérer peu évident d'identifier le bien dont la livraison faisait naître la créance économique. Il en va de même pour la prestation de services. Il n'est pas toujours évident de déterminer la prestation de services dont l'exécution fait naître la créance économique. Ainsi, la contrepartie d'une caution bancaire réside dans sa couverture et le prix doit s'étaler sur la durée de cette dernière. C'est certes grâce au cautionnement que le débiteur peut souscrire le contrat principal, mais ce n'est pas pour autant qu'il faut confondre la

¹ CE, 6 mai 1996, 156015 SARL Socoulaine, *RJF* 1996, 6, 706, *DF* 1996, 44.1331.

prestation caractéristique prévue dans ce dernier avec la prestation caractéristique du contrat de cautionnement lui-même, la couverture du risque de défaut de paiement.

Dans un arrêt du 8 mars 2002¹, le Conseil d'État censure ainsi les juges du fond qui avaient rattaché intégralement la créance de rémunération du cautionnement bancaire à l'exercice de sa constitution pour son imposition. La Haute juridiction énonce que « *l'obligation contractée par l'organisme accordant sa caution et qui justifie la commission perçue par lui s'étend sur toute la durée couverte par le contrat de caution ; que (...) alors même que l'octroi d'une caution permet à son bénéficiaire de réaliser l'opération nécessitant cette caution dès la délivrance de celle-ci, la commission de la caution doit être prise en compte par l'organisme qui la perçoit au fur et à mesure de l'exécution de la prestation de garantie à laquelle il s'est engagé* ».

§ 2 : Jurisprudence critiquable

829. Suivant peut-être la doctrine ayant critiqué l'arrêt d'appel², la chambre commerciale de la Cour de cassation censure par un arrêt du 2 octobre 2001 les juges du fond qui avaient octroyé le privilège de procédure à l'intégralité de la rémunération d'un commissaire aux comptes au motif que la certification des comptes devait survenir après l'ouverture de la procédure et que c'était en elle que résidait l'essentiel de sa mission. L'arrêt est cassé au visa de l'article L. 621-32 du Code de commerce, ancien article 40, pour défaut de base légale, pour avoir omis de « *distinguer, pour déterminer la date à laquelle était née la créance d'honoraires du commissaire aux comptes, les prestations accomplies antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective de celles accomplies postérieurement* »³.

Ainsi, pour la Cour de cassation, la créance économique d'honoraires du commissaire aux comptes naît des prestations accomplies en vue de ladite certification et non pas de cette dernière. Cela signifie donc que, pour la Cour, la prestation caractéristique du contrat repose dans les démarches accomplies par le commissaire et non dans la certification des comptes.

830. Nous doutons de cette solution. Que représentent, pour l'entreprise cliente, les prestations accomplies par le commissaire aux comptes, en l'absence de certification ? Rien, voire des ennuis, une perturbation du travail et dans tous les cas aucun profit. La contrepartie de la rémunération réside donc davantage dans la certification des comptes que dans les démarches accomplies par le commissaire pour accorder cette certification.

L'opportunité propre au droit des entreprises en difficulté va également dans ce sens. La procédure collective s'ouvre, mais le commissaire n'a pas encore certifié les comptes. Nul doute qu'en l'absence de certification, il sera impossible à l'entreprise en difficulté de trouver de nouveaux crédits, alors pourtant que ces derniers pourraient être vitaux pour la réussite du redressement de l'entreprise.

¹ CE, 8 mars 2002, n°199468, Banque française de crédit coopératif, *RJF* 2002, 5, 471, p. 355, chron. OLLEON, *BDCF* 2002, 5, 57, concl. COURTIAL.

² G. JAZOTTES, « Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36, critiquant CA Paris, 23 oct. 1998, *RJDA* 1999, n°441.

³ Com., 2 oct. 2001, n°98-22493, P.

À nos doutes s'ajoute l'observation de la maladresse de l'arrêt d'appel cassé. Certes celui-ci soulevait que la mission du commissaire aux comptes réside essentiellement dans la certification et l'approbation des comptes sociaux, mais l'arrêt énonce explicitement qu'il fait bénéficier du privilège de procédure les honoraires de diligences accomplies avant l'ouverture de la procédure. Il eut été plus habile de dire que la véritable contrepartie des honoraires versés ne résidait pas tant dans les diligences accomplies que dans la seule certification des comptes, postérieure quant à elle, ce pourquoi les honoraires constituaient une créance (économique) postérieure.

La justification peut reposer dans le fait que la nomination du commissaire aux comptes pour 6 années constitue une obligation légale¹, une pure charge, à laquelle l'entreprise ne recourrait peut-être pas si elle n'y était pas obligée. Les dispositions légales réglementent le volume horaire de la mission du commissaire aux comptes², si bien que les parties n'ont que peu de marge de manœuvre quant à l'ampleur des prestations accomplies par le commissaire aux comptes, seul le taux horaire relevant de l'accord des parties.

831. Au demeurant, c'est au commissaire aux comptes de déterminer seul les moments où il intervient et ce qu'il fait. Le client n'a pas de pouvoir de décision quant aux modalités des diligences accomplies par le commissaire, quand, quoi, où. Cela met bien en évidence la particularité de ces prestations qui relèvent d'une mission légale plus que contractuelle. En opportunité, on remarque qu'il est de l'intérêt du commissaire aux comptes, s'il sent la cessation des paiements se profiler, d'accomplir davantage de diligences après l'ouverture de la procédure, si bien que le privilège de procédure se retrouve tributaire, en partie, de son bon vouloir.

Un parallèle peut être fait avec la rémunération d'un expert judiciaire dont un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation fixe la date de naissance « *au jour du dépôt de son rapport d'expertise au greffe du tribunal* »³. Ici encore, peu importe les diligences accomplies par l'expert, elles ne lui sont d'ailleurs pas imposées, il les choisit librement, seul son rapport importe, c'est donc lui qui constitue la contrepartie de sa rémunération, quand bien même, dans le cadre de sa fixation, de sa liquidation, l'expert inclurait comme paramètre le temps passé sur le dossier.

Un parallèle peut également être opéré avec la créance de commission de l'agent commercial, même si pour ce dernier les dates de naissance des deux acceptions de la créance de commission, économique et juridique, se cristallisent à un même moment, la date du contrat commissionné. Peu importe les innombrables démarches accomplies par l'agent en vue d'obtenir le marché ou la clientèle, ce qui compte pour son commettant, la contrepartie de la commission, c'est l'obtention du marché. Preuve en est que, d'un côté, la commission peut être due quand bien même l'agent n'aurait eu besoin d'accomplir aucune démarche particulière, aucun travail de protection, aucun rendez-vous, voire aucun appel, que, d'un autre côté, aucune commission ne serait due à l'agent commercial si *in*

¹ Articles L. 225-228 et L. 225-229 du Code de commerce.

² Art. R. 823-12 du Code de commerce, le volume horaire est fonction du total du bilan augmenté des produits d'exploitation et des produits financiers hors TVA.

³ Com., 14 mars 1995 n°92-20228, *D.* 1996, 81. Si nous approuvons la solution, nous réprouvons l'argumentation qui procède d'après nous d'une confusion entre naissance et liquidité de la créance. La Cour arguait du fait qu'en vertu de l'article 284 du nouveau Code de procédure civile, « *la rémunération de l'expert ne peut être fixée par le juge que sur la justification de l'exécution de la mission* » et « *qu'il en résulte que la créance ... est née au jour du dépôt de son rapport d'expertise au greffe du tribunal* ».

fine il n'obtient pas le marché quand bien même il aurait accompli nombre de démarches et engagé nombre de frais en vue de son obtention. C'est la raison pour laquelle, dans un arrêt du 15 novembre 2005¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation énonce que « *le fait générateur de la commission se situe au moment où le cocontractant se trouve lié au mandant, conformément à l'article L. 134-6 du Code de commerce* ».

Conclusion de section :

832. S'il n'est pas évident de déterminer la prestation corrélative du prix dans la vente, il n'est pas surprenant qu'il en aille également ainsi dans le contrat de prestation de services. La complexité à identifier la prestation en cause varie selon la nature du contrat ou selon les stipulations insérées par les parties dans le contrat. Cette complexité se retrouve même lorsque la prestation est effectuée en vertu d'une obligation légale telle la mission confiée par la loi aux commissaires aux comptes. Après quelques hésitations, la jurisprudence opte pour une naissance au fur et à mesure des investigations, mais la solution ne nous convainc pas, la date de certification des comptes nous paraissant constituer la véritable contrepartie des honoraires du commissaire aux comptes.

Conclusion de chapitre, complications de datation de la naissance de la créance économique :

833. La détermination plus précise de l'événement générateur de la créance économique ne va pas tant de soi lorsque l'on recherche ce qui se cache derrière l'exécution de la prestation identifiée dès le début comme la date de naissance de la créance économique. En matière de vente, il apparaît une dichotomie des solutions selon qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble, naissance au jour du transfert de propriété pour l'immeuble et naissance au jour de la livraison matérielle et non pas du transfert de propriété pour le meuble. À l'aune de l'essence de la créance économique, l'uniformisation pour la date de délivrance matérielle, date à laquelle les avantages économiques peuvent être retirés de la chose, serait préférable.

L'examen d'applications concrètes montre que même à ce niveau il n'est pas évident d'identifier la contreprestation, la prestation directement corrélative du prix qui fait naître la créance économique, qu'il s'agisse d'une vente ou d'un contrat d'entreprise.

Conclusion de titre, le concept de créance économique :

834. La créance économique n'est pas un concept fonctionnel. Elle correspond à la valeur produite par l'exécution d'une contreprestation prévue dans un contrat synallagmatique comportant un prix exprimé en argent. Ce prix constitue la contre-valeur économique subjective fixée par les parties.

La créance économique diffère dans sa nature de la créance juridique, ce qui lui permet de s'incorporer à elle. Elle n'est pas un droit subjectif personnel autonome et doit à ce titre

¹ Com., 15 nov. 2005, n°03-13261, P. Se référant à l'article L. 621-43 du Code de commerce, l'arrêt considère de toute évidence que la date d'exécution du marché constitue la date d'exigibilité par défaut de la créance de commission.

impérativement être distinguée d'une créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause. Alors que la créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause est un droit subjectif personnel autonome qui ne peut exister en la présence d'une autre créance eu égard à sa condition de subsidiarité, tel n'est pas le cas de la créance économique. Celle-ci n'est à l'inverse pas un droit subjectif personnel et elle ne peut exister sans la présence préalable d'une créance juridique de prix exprimée en monnaie à l'égard de laquelle elle n'est pas dissociée mais au contraire incorporée. La créance économique ne peut naître sans l'existence préalable de la créance juridique, elle est un nouveau plan de perfection de la créance juridique, une perfection économique.

835. C'est la particularité de la **monnaie** qui permet l'existence de la créance économique. Celle-ci est à la fois un mode juridique d'extinction d'une obligation en argent et mode économique d'évaluation et de commensuration de tout bien ou service. La **définition** que donne le **droit comptable** de la créance économique parachève la construction technique du concept de créance économique et explique l'utilisation en droit du critère de date de naissance de la créance économique. Simplifiant, d'après le PCG, la créance économique est une « valeur économique » négative ou positive, une obligation ou une créance « sans contrepartie » à l'égard d'un tiers¹.

Il s'ensuit que **toute créance exprimée en monnaie, quelle que soit sa source, présente à la fois une acception juridique et économique. Mais la dichotomie des dates de naissance de ces créances n'apparaît qu'en matière de contrat synallagmatique parfait**. En effet, avec cette source, la créance juridique naît au jour du contrat, mais l'existence simultanée des deux obligations réciproques inhibe la naissance de la créance économique de prix. Celle-ci ne naîtra qu'avec l'exécution de la contreprestation.

Cela explique que les mécanismes mettant en œuvre la date de naissance de la créance doivent être ventilés entre ceux qui visent la créance juridique et ceux qui visent la créance économique. Ces mécanismes appréhendent toutes les créances, quelle que soit leur source. Mais pour ceux mettant en œuvre la créance économique, cette particularité n'apparaît que lorsque la créance considérée est une créance de prix issue d'un contrat synallagmatique parfait, car alors la date de naissance diverge de celle de la créance juridique. Avec les autres sources, la date de naissance de la créance économique est identique à celle de la créance juridique, si bien que pour une créance issue d'une autre source il n'est pas possible de s'apercevoir si le mécanisme juridique n'utilise en réalité pas la créance juridique, le droit subjectif personnel, mais la créance économique, son avatar.

836. Restaurer la cohérence du droit en matière de date de naissance de la créance implique d'identifier les mécanismes juridiques qui ne mettent pas en œuvre la créance juridique, mais la créance économique et qui font donc usage de la date de naissance de cette dernière. Il arrive qu'il soit certain que le mécanisme juridique appréhende le droit subjectif personnel, que ce soit en tant que lien ou en tant que bien. Comme il a déjà été soulevé, tel est le cas du paiement de la créance ou de son transfert de propriété. C'est la fonction de la créance juridique dans le système de droit privé qui fait ressortir cette certitude la concernant. Le droit subjectif est un lien personnel dont l'existence vise la satisfaction du créancier, elle existe pour s'éteindre par la satisfaction de ce dernier. Il est donc normal que le paiement de la créance mette en évidence la créance juridique et non pas économique. Mais la créance juridique constitue également pour son créancier un bien

¹ Cette définition, particulièrement synthétisée pour les propos conclusifs, découle de la lecture conjuguée des articles 212-2 et 212-1 du PCG pour la dette, ainsi que des articles 211-1 et 211-2 du PCG pour la créance corrélative.

cessible et saisissable, c'est un droit patrimonial. Pour cette raison, les mécanismes qui reposent sur un transfert de propriété de la créance en tant que bien mettent en œuvre la créance juridique, le droit subjectif personnel.

Il suffit donc de procéder à l'identique pour la créance économique, de **cerner son domaine en passant par sa fonction** dans le système de droit privé.

TITRE 2 : Fonction de la créance économique

837. Étudier la fonction de la créance économique consiste à déterminer le rôle qu'elle joue dans le système de droit privé. Outre que cette étude est indispensable pour appréhender le concept de créance économique, elle est un passage obligatoire pour déboucher sur l'identification du domaine de la créance économique. La présente étude constitue en effet une démonstration globale dont le point de départ constituait l'incohérence du système de droit privé en matière de date de naissance de la créance et dont le point d'arrivée constitue la détermination du domaine de la créance économique. Ce domaine permettra en effet de savoir, pour une règle de droit donnée, lequel des deux concepts il convient d'appliquer, la créance économique ou la créance juridique et par conséquent quelle date de naissance de la créance doit être appréhendée.

Comme il a déjà été relevé, la démonstration se veut progressive et décloisonnée. Bien que le dernier titre soit consacré au domaine de la créance économique, tout le domaine ne sera pas révélé in fine. Il est en réalité esquissé progressivement tout au long de l'étude. Des cas d'application ont déjà été relevés par l'observation de la date de naissance qui y est utilisée. La jurisprudence rendue sur le terrain du privilège de procédure l'applique par hypothèse de départ, de même que les droits comptable et fiscal. L'étude de la fonction permet de revenir sur certains de ces cas d'application déjà soulevés tout en apportant parfois un élément de réponse supplémentaire, l'explication de l'utilisation de la créance économique, notamment en droits comptable et fiscal. D'autres cas d'application seront également relevés à l'occasion de l'étude de cette fonction de la créance économique. L'objectif d'une détermination du domaine se trouve donc esquissé progressivement, le dernier titre qui lui sera consacré permettant de parfaire ce dessin.

Il n'est ici ni utile ni souhaitable, de voir toutes les fonctions de la créance économique. Sans doute d'autres fonctions pourraient-elles lui être découvertes. Mais il convient de s'orienter vers la fonction qui présente un lien étroit avec la problématique de la date de naissance de la créance de telle sorte que cette dernière s'en trouve éclairée.

838. Dans la mesure où c'est dans le **droit comptable** que les linéaments de la créance économique ont pu être mis en évidence, il ne sera guère surprenant d'y retrouver également l'inspiration pour faire émerger la fonction de la créance économique. Celle-ci réside en effet dans la justification, le fondement de l'adoption consciente en droit comptable de cette acception atypique de la créance que nous avons dénommée « créance économique ». Cette fonction repose sur la nécessaire corrélation entre les produits et les charges. Davantage apparente en droit comptable, elle se retrouve en dehors de ce domaine de façon sous-jacente dans plusieurs branches du droit privé. Cette fonction met en lumière un certain nombre de cas d'application. Elle explique certaines solutions de droit positif. Elle implique d'en modifier d'autres.

C'est une **fonction correctrice** du droit sur fond lointain d'équité. Par elle, le concept de créance économique nuance l'application stricte du concept de créance juridique. Cette symbiose des deux acceptions de la créance transparaît à travers les objectifs différents de ces deux concepts, désintéresser le créancier pour la créance juridique, veiller à la répartition de la charge en fonction de l'octroi du produit pour la créance économique. La créance économique contribue à cet égard à

éclairer la théorie des recours récursoires, la créance juridique jouant au plan premier de l'obligation à la dette, la créance économique intervenant au second plan de la contribution à la dette.

839. Il est un cas particulier inaperçu de la fonction correctrice de la créance économique de mise en corrélation des charges et des produits qui nécessite des développements plus conséquents, celui de la **cession de contrat**. En effet, l'utilisation de la créance économique dans le cadre de la cession de contrat nécessite une analyse renouvelée de celle-ci et ne peut se faire de façon incidente. C'est la raison pour laquelle il conviendra d'y apporter le soin nécessaire. Mais ce n'est pas uniquement l'ampleur des développements et le renouveau de l'analyse qui nécessitent d'aborder ici l'application de la fonction de la créance économique dans le cadre de la cession de contrat.

Conformément à l'étude de la notion de créance économique et à sa tentative de définition, il apparaît que le décalage entre la date de naissance de la créance juridique et la naissance de son acception économique apparaîtra uniquement pour la créance de prix d'une exécution future. Or, la créance du prix d'une exécution future est symptomatique de l'existence d'un contrat en cours, un contrat dont l'exécution de la prestation caractéristique n'est pas achevée. Sous cet angle, l'application de la créance économique dans le cadre de la cession de contrat apparaît consubstantielle de l'étude de sa fonction, car elle constitue une forme de schème qui se retrouvera à un certain degré d'abstraction dans tous les cas d'applications utiles de la créance économique. Cette étude constituera alors un préalable indispensable avant d'aborder le domaine de la créance économique qui suivra naturellement l'examen présent de sa fonction.

La fonction de la créance économique repose dans le principe de corrélation entre les produits et les charges (chapitre 1). Mais cet exposé de la fonction doit se compléter de l'étude d'un cas particulier d'application, car il représente le schème fonctionnel de la créance économique, la cession de contrat (chapitre 2).

Chapitre 1 : La fonction de corrélation entre les produits et les charges

840. Il ne sera pas surprenant que la corrélation des produits et des charges se manifeste explicitement en droit comptable où elle fait l'objet d'une systématisation en vue de l'établissement des comptes annuels, plus spécifiquement du compte de résultat. Mais la corrélation des produits et des charges existe également en dehors du droit comptable où elle n'est cependant pas mise en évidence. Les notions de produits et de charges, utilisées en droit comptable comme en droit commun, ne font cependant pas l'objet d'une étude. Les produits et les charges ne sont pas des droits subjectifs personnels, ce sont des créances économiques. Pour cette raison, la mise en corrélation des produits et des charges en droit sera assurée par l'utilisation du concept de créance économique.

Que ce soit en droit comptable ou en droit commun, il est nécessaire de se pencher sur le fondement de cette mise en corrélation entre les produits et les charges. À cet égard, ce fondement sera renouvelé en droits comptable et fiscal et découvert en droit commun.

À la corrélation systématisée des produits et des charges en droit comptable (section 1) suivra donc la corrélation sous-jacente des produits et des charges en droit commun (section 2).

Section 1 : La corrélation entre les produits et les charges en droit comptable

841. La date de naissance en droit comptable est justifiée, par la seule personne l'ayant relevée et étudiée à notre connaissance, Maurice Cozian, par le principe de prudence. Mais la structure et les implications de ce principe comptable ne correspondent pas en réalité avec l'application de la date de naissance de la créance au jour de l'exécution de la prestation. C'est plus profondément que nous entendons trouver cette justification, dans l'ontologie de la comptabilité, mais surtout dans sa finalité d'un découpage temporel de l'activité aux fins d'information. Ce découpage exige en effet l'adoption d'un critère fédérateur objectif des produits et des charges en vue de leur corrélation.

De la réfutation du principe de prudence comme explication de l'acceptation économique de la créance (§2), nous irons donc vers la découverte d'un principe de corrélation des produits et des charges qui permet d'ouvrir l'horizon vers l'extérieur des domaines comptable et fiscal (§1).

§ 1 : Réfutation du fondement par le principe de prudence

842. Il convient d'exposer en premier lieu comment le principe de prudence est utilisé pour justifier l'utilisation de l'acceptation économique de la créance, prénommée « créance acquise » par Maurice Cozian (A). Ce n'est qu'ensuite, en second lieu, qu'il conviendra d'en effectuer l'appréciation critique par sa réfutation du fait du constat que l'utilisation de l'acceptation économique de la créance

s'effectue aussi bien pour les produits que pour les charges, ce que ne permet pas d'expliquer le principe de prudence qui implique au contraire une asymétrie en la matière (B).

A. Exposé du principe de prudence comme fondement de la “créance acquise”

843. Le droit comptable impute la créance sur l'exercice au cours duquel a été exécutée la prestation caractéristique qui lui est corrélative. Comme nous l'avons déjà soulevé, il y a correspondance avec la thèse matérialiste qui sévit hors droit comptable et fiscal.

Il existe cependant une différence importante avec la thèse matérialiste. Le droit comptable ne prétend pas supplanter la date de naissance classique de la créance en lui substituant sa propre date. Au contraire, les auteurs admettent explicitement que la date d'enregistrement comptable ne correspond pas à la date de naissance du droit civil, que le concept de créance tel qu'appréhendé par le droit comptable n'est pas le concept de créance tel qu'appréhendé par le droit civil, Maurice Cozian, auteur émérite, l'ayant baptisé « créance acquise ».

Quoi qu'il en soit, le rapprochement s'avère bien fructueux puisque comptabilité et fiscalité, conscientes d'utiliser une autre date, un autre concept, ont fait l'objet d'une étude et d'une justification plus poussées quant à la nature de leur propre conception et quant au pourquoi de son adoption.

Il conviendra, en guise de rappel, de se remémorer ici la date de naissance de la créance en droit comptable, le concept corrélatif de créance acquise appréhendé par ce dernier, et l'alignement in fine du droit fiscal sur la conception comptable dont la controverse, ou plutôt le contentieux montre que le choix n'allait pas forcément de soi (1). Ce n'est qu'ensuite que pourra être exposé le fondement par le principe de prudence proposé par Maurice Cozian pour expliquer l'acception particulière de la créance et de sa date de naissance dans ces domaines (2).

1/ Rappel de la “théorie de la créance” acquise

844. Parce que le droit comptable enregistre en réalité la créance à une autre date qu'à sa date de naissance, la théorie de la créance acquise fut développée par Maurice Cozian, ce qui implique qu'une autre acception de la créance serait appréhendée par le droit comptable, une créance plus certaine, plus matérielle, qu'il prénomma la « créance acquise »¹.

Ainsi, la créance de prix d'un bien est enregistrée à la date de sa livraison matérielle et non pas à la date de sa commande, au jour de la date de naissance de la créance économique de prix et non au jour antérieur de sa naissance juridique. De même, la créance de prix d'une prestation de service ou des travaux sera en principe enregistrée au fur et à mesure de son exécution.

Nous avons vu que le droit fiscal s'était aligné sur le droit comptable pour adopter la même date de naissance de la créance, la même acception de la créance. Cela fut opéré avec la loi de finance de

¹ M. COZIAN, « La méthode de la comptabilité d'engagement ou la théorie des créances acquises », *BF* avr. 1995, p. 219.

1979 qui consacra l'article 38 du CGI. Celui-ci dispose que « *les produits correspondant à des créances sur la clientèle (...) sont rattachés à l'exercice au cours duquel intervient la livraison des biens pour les ventes (...) et l'achèvement des prestations pour les fournitures de services* », mais en aménageant ensuite une prise en compte « *au fur et à mesure de l'exécution* » dans les cas où cela s'avère techniquement possible.

845. Nous avons quant à nous identifié que la date de naissance utilisée en droit comptable correspondait à la thèse matérialiste de la date de naissance des créances qui sévissait en dehors du droit comptable et avons dès lors entrepris de créer un pont entre les matières comptables et fiscales d'une part et les autres domaines où se manifeste et où devrait se manifester une même acception de la créance que nous avons prénommée « créance économique ».

Il apparaît dès lors normal de s'interroger sur la justification de cette date de naissance atypique, de cette acception atypique de la créance en droit comptable. En effet, contrairement aux autres domaines faisant usage de la thèse matérialiste, le phénomène est ici identifié comme ne correspondant pas à la notion ordinaire de créance. Pour cette raison, il y est étudié de façon plus approfondie. Dès lors, si ce concept du droit comptable se transpose en dehors, la justification de son utilisation devrait également être intéressante du point de vue de cette transposition. Le droit fiscal n'explique rien, il s'aligne sur le droit comptable. En droit comptable, seul Maurice Cozian tente d'expliquer ce phénomène par sa théorie de la créance acquise, théorie explicative qu'il convient d'examiner ici.

2/ Justification de la "théorie de la créance acquise" par le principe de prudence

846. Reprenant la théorie de la créance acquise dans plusieurs de ses écrits¹, Maurice Cozian explique qu'en droit civil la créance naît du contrat, tandis **qu'en droit comptable le principe de prudence implique que seuls les bénéfices réalisés soient comptabilisés.**

Cela signifie bien que le droit comptable ne peut pas appréhender la créance au sens du droit civil, mais dans son sens propre que l'auteur baptise « créance acquise », dont la date de survenance n'est pas le contrat, mais la date d'exécution de la prestation corrélative, la date de livraison dans la vente, la date d'achèvement de la prestation dans le contrat de service.

Et l'auteur poursuit que « *le principe de prudence veut en effet que l'on ne vende pas la peau de l'ours avant de l'avoir tué, comme le dit le proverbe populaire* », ce pourquoi la créance de prix, le profit, le produit, ne doit être enregistrée qu'une fois celui-ci réalisé, qu'une fois la chose livrée, le service procuré.

¹ Dans son article initial de 1995 sur le sujet, op. cit., ainsi que dans son récent manuel, M. COZIAN et P.-J. GAUDEL, *La comptabilité racontée aux juristes*, Litec fiscal 2006, n°113 et s.

847. Maurice Cozian justifie donc l'utilisation de la créance acquise, pour nous la créance économique, en droit comptable et fiscal par le **principe de prudence**.

Les principes du droit comptable, parmi lesquels figure le principe de prudence, constituent les propositions directrices et caractéristiques de la science du droit comptable qui servent de guide pour interpréter, combler les vides, construire l'avenir de la matière¹. Mis en lumière par plusieurs congrès nationaux de l'Ordre des experts-comptables, ils figurent aujourd'hui au Code de commerce ainsi qu'au Plan comptable général. Ils visent tous à permettre d'atteindre la finalité assignée à la comptabilité de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise comme en dispose l'article L. 123-14 du Code de commerce².

Ce principe de prudence impose de faire davantage preuve de pessimisme que d'optimisme. Il interdit d'anticiper les produits, ce qui constitue d'après M. Cozian le fondement de la créance acquise de prix appréhendée par le droit comptable et non pas de la créance au sens du droit civil. Il justifie également de ne pas enregistrer de plus-values latentes, qui ne soient pas encore réalisées. Ainsi, si les actions d'une participation ont monté dans leur cotation au cours de l'exercice, aucune plus-value n'est enregistrée et leur montant au bilan reste celui de leur coût historique d'achat, il ne sera pas réévalué en fonction de la cotation en bourse³. Ce n'est qu'au jour où les titres seront vendus et la plus-value véritablement et définitivement réalisée qu'elle sera enregistrée. Transposée au prix de vente, la prudence impose de ne pas enregistrer le produit que représente le prix de cette vente tant que la chose vendue n'a pas été livrée, car c'est la certitude matérielle de la livraison qui permet que le produit soit « réalisé » au sens de l'article L. 123-21 du Code de commerce. Dès lors, enregistrer ce produit avant, au jour de la date de naissance de la créance juridique de prix, serait anticiper le produit, l'enregistrer avant sa date de réalisation, violer l'article L. 123-21 du Code de commerce, ne pas respecter le principe de prudence.

848. Nous ne sommes pas persuadés de cette explication et de cette interprétation du « produit réalisé » dont dispose l'article L. 123-21 du Code de commerce, car le principe de prudence présente une asymétrie qui ne se retrouve pas dans la date d'enregistrement comptable du prix d'une prestation, dans l'acception comptable de la créance, créance acquise pour M. Cozian, créance économique pour nous.

B. Rejet du principe de prudence par son asymétrie

849. Divers arguments s'opposent d'emblée au fondement de l'acception de la créance du droit comptable par le principe de prudence. Mais l'absence d'asymétrie de l'acception de la créance adoptée selon qu'il s'agit de charges ou de produits l'invalide de façon irréfutable et définitive.

¹ A. VIANDIER et C. DE LAUZAINGHEIN, *Droit comptable*, 2^e éd. Dalloz 1993, n°304.

² M. COZIAN et P.-J. Gaudel, op. cit., n°28.

³ Mais en matière de valeurs mobilières de placement le droit fiscal, uniquement, impose immédiatement les plus-values latentes sur les valeurs mobilières de placement détenues à titre de placement financier et non pas à titre de participation. Elles sont donc réintégrées de façon extracomptable puisque la comptabilité, respectant le principe d'image fidèle, ne procède pas ainsi.

Peut être renversé l'argument avancé par Maurice Cozian de la certitude de la créance par le dicton populaire selon lequel « *il ne faut pas vendre la peau de l'ours avant de l'avoir tué* ».

Si le prix de vente n'est pas certain avant la livraison, il ne l'est pas non plus totalement avec la livraison. La certitude est affaire de degré et le prix de vente n'est pas définitivement acquis tant qu'il n'est pas encaissé, payé, entre les mains du vendeur¹.

Or, là on nous voyons bien que ce n'est pas là affaire de **certitude**, c'est que le produit ne sera pas non plus enregistré au jour du paiement lorsque celui-ci intervient avant la livraison. Le paiement du prix est pourtant particulièrement sécurisant. C'était d'ailleurs l'ancienne position du Conseil d'État qui validait une imposition au jour de l'encaissement intégral du prix lorsque celui-ci intervenait avant la livraison ou l'exécution de la prestation. Tel n'est plus le cas aujourd'hui comme nous l'avons déjà exposé.

Nous pouvons également remarquer que l'analogie entre le prix de vente et la plus-value ne fonctionne pas sur le plan de la certitude, car, si la plus-value n'est pas certaine, la créance de prix l'est dès son existence juridique. Après passation de la commande, il est certain que le prix sera dû, certes si le contrat se déroule normalement. Tel n'est pas le cas de la plus-value latente, il est normal qu'elle ne soit pas certaine tant qu'elle n'est pas réalisée. On se souviendra à cet égard que la certitude traduit l'existence de la créance juridique lorsque la sacro-sainte trilogie est évoquée, une créance certaine, liquide et exigible.

850. Si l'argument de l'incertitude n'est pas significatif, **l'inexistante asymétrie** que devrait engendrer le principe de prudence constitue quant à elle un facteur rédhibitoire permettant d'écarter définitivement le principe de prudence comme fondement de l'utilisation de l'acceptation économique de la créance en droit comptable.

En effet, si le principe de prudence commande de ne pas enregistrer une plus-value par définition encore latente, il commande inversement d'enregistrer une moins-value latente sous forme de provisions. Il est asymétrique. C'est la raison pour laquelle Messieurs Caspar et Enselme le résument « *en disant qu'est interdite la prise en compte d'un produit non encore réalisé, mais qu'est obligatoire celle d'une charge seulement probable* »². L'asymétrie participe de l'essence du principe de prudence.

Or, cette asymétrie ne se retrouve pas en matière de date de naissance de la créance en droit comptable. La date de rattachement des produits et des charges est au contraire parfaitement symétrique, identique pour les produits et pour les charges. Sinon, alors que la créance de prix de vente ne serait enregistrée qu'au jour de la livraison, la dette de prix d'achat serait enregistrée dès le jour de la commande, dès avant la livraison, car alors la dépense est très prévisible, la créance est même d'ores et déjà certaine comme nous l'avons vu. Tel n'est pas le cas. Il est en effet logique que le prix soit enregistré à la même date chez le fournisseur et le client, au jour de la livraison, qu'il

¹ Certes nous n'ignorons pas que la date de paiement est explicitement exclue par l'article 130-3 du PCG qui dispose que « les charges et les produits de l'exercice, sans qu'il soit tenu compte de leur date de paiement ou d'encaissement ». Mais cela montre justement que ce n'est pas une question de certitude de la créance ou d'acquisition. La plus grande certitude de la créance n'est qu'une conséquence de l'exécution matérielle, de l'acceptation économique de la créance, elle n'en est pas la cause, le fondement.

² B. CASPAR et G. ENSELME, *Manuel de comptabilité approfondie*, DCG 10, LexisNexis 2013.

s'agisse d'un produit ou d'une charge. Les systèmes comptable et fiscal s'en trouvent plus cohérents à l'échelle macroscopique.

851. Le principe de prudence est donc impropre à justifier de l'acceptation de la créance adoptée en droit comptable et fiscal. Ce serait plutôt dans cette cohérence macroscopique des systèmes, qui implique de faire correspondre les dates pour les produits et les charges, que l'enregistrement comptable du produit et de l'imposition chez le fournisseur soit le même que chez le client pour une même opération économique qu'il convient de rechercher la justification, le fondement de la date de naissance de la créance, de l'acceptation de la créance utilisée dans les matières comptable et fiscale.

§ 2 : Découverte du fondement technique de division temporelle

852. Réelles justifications dans la finalité comptable, un découpage temporel de l'activité en vue d'une information économique qui nécessite une mise en corrélation des charges et des produits

Si le principe de prudence constituait en fin de compte une fausse piste, il nous semble que le « bénéfice réalisé » de l'article L. 123-21 du Code de commerce évoqué par Maurice Cozian mène sur une piste intéressante, et ce à deux égards.

En premier lieu, le « réalisé » renvoie au réel, au matériel, la référence au factuel et donc quelque part au naturel. Cela se retrouve dans la suite de l'article L. 123-21 précité qui explique comment ventiler un contrat de prestation dont l'exécution s'étalerait sur plusieurs exercices en disposant que « *peut être inscrit, après inventaire, le bénéfice réalisé sur une opération partiellement exécutée* » à condition évidemment que des documents prévisionnels permettent d'évaluer la part de bénéfice global de l'opération ainsi réalisée.

En second lieu, le « bénéfice réalisé » renvoie à une différence effective des produits et des charges, au fait de soustraire les charges des produits. Pour ce faire, encore faut-il établir un critère fédérateur afin qu'il y ait un lien de corrélation entre eux. L'exposé du Francis Lefebvre est en ce sens¹.

C'est parce qu'il faut ventiler sur plusieurs exercices l'activité économique, les charges et les produits qu'elle génère, mais également parce qu'il faut pour ce faire mettre en corrélation ses charges et ses produits, que l'utilisation d'un critère réel et matériel s'impose naturellement et inéluctablement. Ce critère réside dans la date d'exécution de la prestation. D'autres critères ne peuvent qu'être exclus, car ils ne sont pas suffisamment objectifs et dépendent trop de la volonté des intervenants économiques, que ce soit le critère de la date de commande ou de la date de paiement.

L'acceptation économique de la créance s'impose donc à la fois parce que l'essence de la comptabilité vise à l'appréhender elle et non pas l'acceptation juridique de la créance (A) et parce qu'elle représente le seul élément fédérateur objectif permettant de mettre en corrélation les produits et les charges au sein d'un même exercice comptable, de ventiler ceux-ci entre deux exercices (B).

¹ Mémento Pratique Francis Lefebvre Fiscal 2013, n°537.

A. La comptabilité appréhendant les flux réels de biens et de services

853. La comptabilité saisit davantage l'économique que le juridique. Il est pourtant généralement enseigné que la comptabilité vise à enregistrer les opérations juridiques réalisées par l'entreprise. Tel n'est en réalité pas le cas. La comptabilité enregistre les opérations économiques et non pas les opérations juridiques. Ainsi, le référentiel IFRS vers lequel le Plan comptable général s'oriente est un référentiel dont l'un des principes fondamentaux est « *la prééminence de la réalité sur l'apparence, c'est-à-dire de l'économique sur le juridique* »¹. C'est la raison pour laquelle elle ne vise pas l'enregistrement des créances et des dettes, mais des flux de biens et de services.

En ce sens, Messieurs Philippe, Raulet et Sabatier² expliquent que la comptabilité « *a pour objet de décrire les faits qui caractérisent l'activité économique de l'entreprise. Pour cela, elle doit enregistrer les flux économiques qui concernent l'entreprise, en les classant rationnellement* »³. L'activité économique est le fondement de la comptabilité⁴, car c'est elle qui doit retranscrire, et doit donner une image fidèle. Cette activité économique réside dans l'ensemble des comportements visant à la production, à la répartition et à la consommation des biens et des services. Et la production des biens et des services implique la consommation de facteurs de production, elle implique des flux qui sont comptabilisés⁵.

La notion générique du **flux** fait référence à une quantité en mouvement. Pour les économistes, ce sont les mouvements de biens et de valeurs, de biens matériels ou de prestations de services. Se comprend dès lors parfaitement la lecture de l'article L. 123-12 du Code de commerce, qui dispose que « *toute personne (...) doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise* ».

On comprend dès lors ce que signifie le « profit réalisé » pertinemment soulevé par M. Cozian, c'est le profit, valeur représentée par le flux réel de bien livré ou de prestation de service exécuté.

854. Plus concrètement, un boulanger ne pourra faire son pain, exercer son activité économique, avec une promesse de farine. Quand bien même serait-elle certaine et protégée par l'ordonnancement juridique, il ne pourra commencer à pétrir la pâte qu'une fois la farine en sa possession matérielle, qu'une fois la farine livrée. C'est ce flux de farine qu'appréhende la comptabilité et non pas la naissance de la créance de livraison de la farine, ni même la naissance de la créance juridique de prix corrélative. La comptabilité appréhende le réel rétrospectif et non pas l'idéal prospectif.

855. S'intéressant uniquement à l'activité économique et par conséquent aux faits, aux flux de biens et de services, la comptabilité ne recherche pas tant à enregistrer la créance juridique de prix que

¹ Focuspcg.com : Comprendre le PCG, Évolution du droit comptable. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les IFRS ne peuvent être adoptées telles quelles pour l'ensemble des comptes individuels, car nous ne pouvons faire fi, au niveau de l'établissement des comptes, des réalités juridiques, auxquelles il convient d'ajouter pour la France les réalités fiscales.

² A. PHILIPPS, C. RAULET et P. SABATIER, *Comptabilité générale*, Dunod, 1982, p. 1 s.

³ Ibid. p.25. La comptabilité est plus restrictive que l'économie car elle est purement descriptive. Tel n'est pas le cas de l'économie qui étudie les manifestations de l'activité économique en vue de les expliquer et d'en dégager des lois.

⁴ Ibid. p. 1 s.

⁵ B. et F. GRANDGUILLOT, *Introduction à la comptabilité*, DCG, UE n°9 qui développent aussi beaucoup sur la notion de flux.

l'arrivée des stocks achetés. Dans cette optique, le prix enregistré sert davantage à la **valorisation des stocks**. Nous retrouvons ici la dualité de fonctions de la monnaie qui permet de dédoubler conceptuellement la créance de prix exprimée en argent. La valeur se retrouve d'ailleurs chez les auteurs qui décrivent le résultat comme « *la différence entre la valeur de ce qui a été produit et la valeur de ce qui a été consommé par l'entreprise* »¹. Ceci confirme que ce n'est pas le prix obligation monétaire qui est appréhendé ici, mais le prix valorisation du bien ou du service acheté ou vendu.

856. Dans une vente ou tout autre contrat synallagmatique appréhendé par le droit comptable, ce n'est pas la vente elle-même qui est analysée, repérée, enregistrée, mais son exécution factuelle, la livraison du bien ou l'exécution du service. La comptabilité vise les effets de l'acte juridique, son exécution, non sa formation. Nous retrouvons ici la vision économique du contrat, qui le réduit à un fait dans lequel il s'incarne, l'exécution de la prestation caractéristique analysée par la comptabilité.

857. Enfin on peut relever que cette optique d'appréhender le réel, le matériel, l'exécuté, les flux de biens et de service se traduit particulièrement bien sur le plan de la technique comptable par l'opération d'inventaire. C'est par **l'inventaire** que commencent systématiquement les opérations de clôture². Il s'agit d'un « *inventaire physique qui s'effectue de façon extracomptable* »³. Les données comptables ne sont pas utilisées pour dresser l'inventaire, c'est l'inventaire qui ajuste les données comptables. Se trouve comptabiliser tout ce qui demeure dans l'entreprise. Les stocks sont constitués des marchandises et produits encore présents dans l'entreprise en fin d'année. Ces marchandises ont été comptabilisées sur l'exercice puisqu'elles ont été commandées, facturées, livrées. Mais elles n'ont pas encore été vendues, et si elles l'ont été, elles n'ont pas encore été livrées. Les écritures d'inventaire⁴ permettent de retranscrire ce stock physiquement constaté dans le bilan et corrélativement d'ajuster les comptes de charges et de produits. Les marchandises achetées, mais non encore utilisées, sont par ce biais retirées des comptes de charges pour être enregistrées à l'actif, dans les comptes d'actif circulant. Ce point de départ montre bien que l'essence de la technique comptable repose sur le réalisé au sens de réel, de matériel puisque l'établissement commence par un comptage physique exempt de toute inférence juridique.

Mais c'est aussi la mécanique comptable qui commande l'utilisation de la créance économique et sa fonction de découpage temporel en exercices successifs de l'activité économique de l'entreprise.

B. La comptabilité opérant une division temporelle de l'activité

858. Sur le plan légal, la comptabilité permet de faire le point sur la situation économique et financière de l'entreprise une fois l'an. On remarque déjà qu'il s'agit là d'une obligation légale

¹ Ibid. p. 52.

² Art. L. 123-12 al. 3 du Code de commerce.

³ M. COZIAN, *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec 30^e éd. 2006/2007, n°69.

⁴ Op. cit., *Comptabilité approfondie*, DCG 10, n°169.

portant sur une information économique. Il n'est dès lors pas surprenant que l'outil utilisé à cette fin, la comptabilité, fasse usage d'une acception économique de la créance.

Mais c'est surtout le **découpage temporel en exercices successifs** qui interpelle ici. Ce découpage temporel génère les principes comptables d'indépendance et de spécialité des exercices. Pour opérer ce découpage temporel, il est nécessaire d'utiliser un élément fédérateur fiable. Celui-ci ne peut que reposer sur la matérialité des faits, dans le réalisé que constitue l'exécution des prestations. C'est pour cette raison profonde qu'est utilisée la date de naissance de la créance économique comme date d'enregistrement comptable (1). L'usufruit d'un fonds de commerce en représente une illustration intéressante (2).

1/ Le réalisé comme élément fédérateur

859. Le **bilan** doit être dressé chaque année dans les sociétés commerciales pour être présenté à l'assemblée générale ordinaire des associés afin que ces derniers approuvent les comptes et donnent quitus à la direction de sa gestion. **Les principes d'indépendance et de spécialité des exercices** guident ce découpage annuel de l'activité. Les articles L. 123-12 du Code de commerce et 313-1 du PCG en disposent. Ils sont doublés en fiscalité par le **principe d'annualité de l'impôt**¹.

Pour opérer un découpage temporel, il faut un **élément fédérateur** afin de mettre en corrélation les produits et les charges. Certes, dans la mesure où la comptabilité mesure l'activité, les flux de biens et de services, on ne peut que pressentir que le critère de ventilation entre deux exercices d'un produit ou d'une charge se trouvera dans l'exécution de la prestation, dans la date de naissance de la créance économique. Mais il est une autre raison de bon sens à ce choix, la nécessité d'objectivité en la matière.

860. Les dates alternatives ne sont pas suffisamment objectives pour permettre d'opérer cette corrélation, ou du moins pour que celle-ci ait du sens. Il pourrait s'agir de la date de naissance de la créance juridique, en principe au jour du contrat, de la date d'exigibilité ou encore de la date de paiement. Dans tous les cas, il y a subjectivité, car ces dates dépendent des caprices individuels ou collectifs des parties. Mais surtout, il n'y a pas de lien matériel suffisant dans ces événements pour fédérer des charges et des produits. Les commandes passées sur une période auprès des fournisseurs peuvent n'avoir aucun rapport avec les commandes effectuées par les clients. Il en irait de même pour les échéances ou les paiements.

Tout au plus la date de naissance de la créance juridique permettrait-elle de retranscrire une bonne image du **Patrimoine au sens d'Aubry et Rau**, de l'ensemble des droits et des obligations à caractère patrimonial. Mais cela **ne correspond pas au bilan**, acception économique du patrimoine. Différence fondamentale entre les deux, tandis que le Patrimoine n'est pas nécessairement équilibré, les droits peuvent excéder les obligations et vice versa, le bilan est nécessairement équilibré quant à lui du fait de la mécanique comptable ayant servi à l'élaborer, celle-ci reposant sur le système de partie double. La différence repose plus spécifiquement sur le haut du bilan, l'origine des fonds

¹ CE 4 fév. 1970, req. n°74.423, *RF* 1971 n°9 p. 10. Le principe d'annualité de l'impôt permet de déduire des résultats d'un exercice les seules pertes qui ont été subies au cours de cet exercice.

propres, les capitaux, réserves et résultat. Le Patrimoine ne donne aucune information sur la capacité à générer des revenus. Cette information est représentée dans le bilan par le compte de résultat, le revenu généré au cours de l'année. Mais, de façon abstraite et générale, il apparaît logique que l'utilisation de données et de concepts juridiques ne puisse pas donner d'information convenable d'ordre économique. Il faut utiliser des concepts économiques pour accomplir cette obligation légale d'information annuelle.

861. À l'opposer, l'exécution des prestations constitue le seul critère objectif et fiable permettant de fédérer les produits et les charges. Toutes les prestations accomplies, y compris celles partiellement exécutées constituent les produits de l'exercice. Inversement, toutes les prestations consommées au cours de l'exercice représentent quant à elles les charges du dit exercice. Ce n'est qu'ainsi que les comptes annuels, spécialement le bilan et le compte de résultat, peuvent représenter l'activité économique réelle, matériellement accomplie au cours de l'exercice¹.

862. Ainsi, le découpage temporel que commande l'information comptable annuelle implique l'adoption d'un critère objectif et fiable permettant de mettre en corrélation les produits et les charges et il ne peut s'agir que de la date de naissance de la créance économique, la date d'exécution de la prestation. Au final, c'est bien davantage les principes d'indépendance et de spécialité des exercices qui justifient la date de naissance de la créance en droit comptable que le principe de prudence. Par l'utilisation de la créance économique, les prestations matériellement produites sont mécaniquement mises en corrélation avec celles consommées pour ainsi fournir le récapitulatif quant à l'activité, au sens littéral du terme, déployée au cours de l'exercice.

863. Ce critère objectif de corrélation des produits et des charges, l'exécution matérielle incarnée par la créance économique, recèle également l'avantage d'éviter toute argutie comptable ou fiscale quant à la date d'imputation d'une charge ou d'un produit sur un exercice, car il relève d'un **constat purement objectif et non pas d'une appréciation subjective**. Il est en cela facteur de sécurité économique et fiscale quant à la fiabilité des comptes, quant à la pérennité de la technique et quant à son aptitude à constituer un point de comparaison entre différentes activités économiques. Nous pouvons illustrer cela par un contre-exemple qui donnera en même temps l'occasion d'insister sur le sens de cette corrélation, une fédération par l'exécution matérielle, critère purement objectif, matériel, physique et extrinsèque, mais aussi de mettre en garde contre une déviance éventuelle à laquelle s'était à tort livrée l'administration dans cette affaire.

864. Dans cet arrêt du Conseil d'État du 29 juillet 1998, le fisc entendait étaler sur plusieurs exercices la charge de l'édition d'un catalogue de vente d'une société de vente par correspondance de fils à tricoter, tandis que celle-ci entendait imputer l'intégralité de la charge sur l'exercice de livraison des catalogues. D'après le fisc, le catalogue non encore distribué n'avait pu générer de profits, sa charge devait s'étaler sur les exercices au cours duquel les retomber de sa distribution, le

¹ Nous ne mentionnons pas l'annexe car justement celle-ci permet de mentionner d'autres informations qui peuvent être d'ordre purement juridique, notamment des créances juridiques telles les crédits-bails en cours, les cautionnement ou garanties à première demande souscrites et autre qui n'apparaissent pas dans le bilan et le compte de résultat. L'annexe est indispensable pour apprécier réellement la situation, notamment en termes de risques.

chiffre d'affaires qui lui était lié, apparaîtrait. Le Conseil d'État rejette l'argumentation de l'administration fiscale motif du principe de spécialité des exercices qui veut que la charge soit enregistrée sur l'exercice au cours duquel les catalogues ont été livrés, car c'est la confection et la livraison des catalogues qui constitue la contrepartie de la charge que représente leur prix. Le principe de spécialité est ici en lien avec le principe de non-compensation des produits et des charges.

La solution est heureuse, car il aurait été divinatoire et particulièrement subjectif de déterminer la retombée exacte de la distribution des catalogues en termes de chiffres d'affaires. Par exemple, les clients réguliers n'ont pas besoin de recevoir le catalogue pour commander, ils commanderont nécessairement. Le catalogue leur sera pourtant distribué malgré tout. Tenter de constituer un lien direct entre les charges et les produits, un rapport direct de cause à effet est source d'incertitudes et d'éternels ergotages, donc d'insécurité. Il est bien préférable que cette corrélation ne soit qu'indirecte, mais malgré tout objective, facile à déterminer, logique et cohérente, donc sécurisante. Est à cet égard parfaitement appropriée la corrélation sur la date d'exécution, critère fédérateur relativement aisé et commun aux charges et aux produits, aux prestations consommées et aux prestations vendues. Cette corrélation objective est d'autant plus bénéfique qu'elle est porteuse de signification économique, elle indique que doivent être attribués à un même exercice les « *richesses créées et détruites, les flux de ressources créées et les emplois consommés* »¹. Subjective, l'analyse qu'avait adoptée le fisc dans l'arrêt précité ne relève pas de la comptabilité générale, mais de la comptabilité analytique purement interne à l'entreprise et servant au contrôle de gestion, à orienter le gouvernail, à éclairer les décisions purement internes. Il convient de ne pas confondre l'information objective et légale des tiers et les méthodes de gestion subjectives purement internes.

Relevons que cette corrélation objective des produits et des charges par le critère fédérateur de l'exécution, de la créance économique, utile pour l'information légale et l'analyse objective de toute activité économique, peut également s'avérer nécessaire en matière d'usufruit. Nous nous trouvons alors à la croisée des chemins entre le droit des biens et le droit comptable.

2/ Application du réalisé illustré par l'usufruit d'un fonds de commerce

865. La croisée des chemins se retrouve dans l'hypothèse de l'usufruit sur un fonds de commerce ou un établissement industriel. Edmond Aubert faisait remarquer, dans sa thèse sur les fruits du début du XX^{ème} siècle, qu'en pareille hypothèse l'usufruitier « *a droit à tous les bénéfices résultant des opérations accomplies au cours de l'usufruit, (...) de garder pour lui tous les bénéfices résultant d'opérations faites (...) pendant le temps qu'a duré sa jouissance* »².

Jusqu'à présent, la comptabilité que nous avons abordée se présentait en circuit interne. Elle analysait l'activité d'une même entité sans intervention d'une quelconque entité externe. La raison en était

¹ Observation de Messieurs LASSEGUE et BAETCHE sur la base de la CRC 99-02, art. 300. Le CRC a pour fonction d'émettre des prescriptions comptables validées par arrêté ministériel et ayant par conséquent cette valeur juridique.

² E. AUBERT, *Des fruits civils*, th. 1907, p. 94 s.

qu'elle n'était appréhendée que pour sa fonction cardinale, analyser l'activité économique et en informer les associés éventuels et de façon plus générale les tiers.

Tel n'est plus le cas ici. L'application des règles comptables à l'activité économique sert ici à faire le départ entre deux entités, deux personnes, l'usufruitier et le nu-propriétaire. Elle commence à sortir du girond purement comptable pour avoir des inférences extracomptables, en l'espèce en droit des biens, droit de l'usufruit. M. Aubert observe donc qu'en pareille hypothèse, *« il faudra nécessairement pour être à même de déterminer les droits de cet usufruitier, que deux inventaires soient dressés, l'un au commencement de l'usufruitier et l'autre lorsque cet usufruit aura pris fin »*. Mais, par inventaire, l'auteur entend de toute évidence qu'il faudra dresser deux bilans afin de déterminer par différentiel du haut du bilan, des fonds propres, le bénéfice devant revenir à l'usufruitier.

Conclusion de section, la corrélation entre les produits et les charges en droit comptable :

866. En raison de l'asymétrie du principe de prudence qui s'oppose à la symétrie de l'acceptation économique de la créance appliquée tant aux produits qu'aux charges, ce principe ne peut servir de fondement à l'utilisation de l'acceptation économique de la créance en droit comptable ou à la théorie de la créance acquise équivalente développée par Maurice Cozian en la matière. C'est plutôt dans la finalité profonde du droit comptable que se trouve la justification, l'analyse d'une information d'ordre économique qui implique de se préoccuper de l'exécution des contrats et non pas de leur formation, du juridique. Surtout, le découpage temporel de l'activité en exercices successifs nécessite l'utilisation d'un critère objectif permettant de fédérer les charges et les produits tout en les répartissant dans le temps de façon objective et donc sécurisante. Ce critère ne peut résider que dans la date d'exécution des prestations, ce pour quoi le droit comptable ne peut que faire usage de l'acceptation économique de la créance et ne s'intéresse pas à son acceptation juridique.

867. Ce changement de fondement est important, car le principe de prudence est nécessairement spécifique à la matière comptable, tandis que les concepts de produits et de charges, ainsi que leur corrélation ne sont quant à eux pas spécifiques de la matière comptable, de sorte qu'il devient possible, à tout le moins envisageable, de transposer cette fonction d'une corrélation objective des produits et des charges en dehors du droit comptable. Pour amorcer en douceur cette transposition d'un paradigme comptable en dehors de son champ, dans les autres branches du droit privé, nous avons évoqué la problématique de l'usufruit d'une activité économique.

868. Cette transposition nécessite des ajustements, car nous passons alors d'un domaine à dominante économique, l'information comptable étant certes une obligation légale, mais visant à donner une information économique, vers des domaines à dominante juridique, ce qui explique d'ailleurs que le caractère commun et transversal du phénomène soit passé inaperçu. Le premier ajustement réside dans le fait que la fonction ne sera plus actionnée en autarcie, dans le cadre d'une seule entité, car l'enjeu ne résidera plus dans l'information de l'activité économique d'une seule personne, mais dans une problématique de répartition entre plusieurs personnes, comme en matière d'usufruit d'un fonds de commerce incorporant une activité économique où il s'agissait de répartir les bénéfices générés

par l'activité entre le nu-propriétaire et l'usufruitier par l'établissement de bilans en début et fin d'usufruit.

La problématique étant ajustée, nous pouvons évoquer deux de ses composantes. En droit comptable, il s'agissait de mettre en corrélation des charges et des produits au sein d'une activité économique. Le contrat s'efface pour ne faire apparaître que sa prestation caractéristique objet de l'analyse comptable. Les charges et les produits sont alors incarnés dans les prestations en sens opposés, prestation produite ou consommée. Tel ne sera plus le cas en dehors du droit comptable. Les composantes sont recentrées à l'intérieur du rapport synallagmatique qui réapparaît. L'échelle est modifiée, elle se rétrécit, nous ne sommes plus à l'échelle d'une entité, mais à l'échelle d'une seule opération, d'un seul rapport synallagmatique exécuté. Le produit et la charge, comme le Conseil d'État l'avait d'ailleurs soulevé dans l'arrêt que nous avons pris en exemple pour la société de vente par correspondance de fils à tricoter, s'incarnent dorénavant dès les obligations réciproques, la charge du prix doit se retrouver en face du produit que représente sa contre-prestation, supportée par la même personne, telle sera la nouvelle échelle et la nouvelle problématique. Mais il s'agira toujours de charges et de produits et de leur corrélation, d'où l'utilisation de la créance économique. Simplement, l'enjeu sera de veiller à leur corrélation, la créance économique aura alors pour fonction la remise en corrélation des charges et des produits.

Section 2 : La corrélation entre les produits et les charges en droit commun

869. Lors de l'étude du concept de créance économique, nous avons vu que celui-ci se cachait déjà à travers le droit privé dans les notions de produits et de charges généralement utilisées, mais sans être définies¹. Nous venons d'observer que l'utilisation de l'acception économique de la créance se justifiait en droit comptable, non par un principe de prudence spécifique à cette matière, mais par un principe de corrélation des produits et des charges permettant un découpage temporel de l'activité étudiée, retranscrite par l'information comptable. Or, cette nouvelle explication a pour caractéristique de ne pas être spécifique au droit comptable. Les notions de produits et de charges ainsi que l'idée de leur corrélation se retrouvent également en dehors du droit comptable, dans d'autres branches du droit. Cette corrélation correspondant à une fonction de la créance économique. Ce sera dès lors naturellement ce même concept qui pourra ainsi être décelé et appliqué dans ces autres domaines.

À travers l'étude de cette fonction de la créance économique transparaît déjà l'approche de son domaine d'application puisque des cas d'application sont nécessairement soulevés de façon incidente.

Afin de mettre en évidence l'existence de cette fonction de la créance économique en dehors des matières comptable et fiscale, il est possible de remarquer quelques phénomènes qui n'en constituent

¹ Il convient de rappeler ici que la notion de produits n'est pas appréhendée en tant que non-fruits, celle qui s'oppose aux fruits pour être attribuée au nu-propriétaire. Seule cette acception du produit en droit se trouve étudiée, généralement à l'occasion du droit des biens. Pourtant la notion de produits est utilisée et visée par les textes, comme nous l'avons soulevé, dans de nombreuses autres occurrences où il ne s'agit pas de non-fruit puisque la problématique nu-propriétaire s'opposant à l'usufruitier ne concerne qu'exclusivement ce démembrement du droit de propriété.

en réalité qu'une manifestation (§1). Le constat établi, il sera alors possible de partir à la découverte de son fondement juridique qui sera trouvé dans un adage issu du droit canon (§2). Enfin, ce fondement découvert, certaines de ses applications potentielles et souhaitables en droit positif pourront être soulevées (§3).

§ 1 : Ses manifestations

870. Sans prétendre à l'exhaustivité, on relèvera des cas d'application de la créance économique dans sa fonction de corrélation des produits et des charges en droit des biens (A) ainsi qu'en droit des régimes matrimoniaux (B).

A. En droit des biens

871. La corrélation entre les produits et les charges se manifeste en droit des biens à travers l'usufruit (1), mais également à travers l'indivision (2).

1/ Les charges usufruituaires

872. Nous avons déjà rencontré les fruits civils dont traite l'article 586 du Code civil et qui constituent une créance économique par nature. L'identification des fruits et de leur date de naissance permet en la matière de déterminer ce qui revient à l'usufruitier et a contrario ce qui ne revient pas au nu-propriétaire. Mais l'usufruit ne génère pas seulement des droits, il impose aussi des devoirs, plus spécifiquement, il ne procure pas seulement des revenus, les fruits civils, il génère aussi des charges usufruituaires. L'article 578 du Code civil dispose en effet que « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* » ainsi que l'article 608 du même code, « *l'usufruitier est tenu, pendant sa jouissance, de toutes les charges (...) qui dans l'usage sont censées charges des fruits* ».

873. Or, contrairement aux fruits, le Code civil ne donne pas d'indication sur la façon d'appréhender les charges, sur leur date de prise en compte. S'agissant de charges, l'étude du concept de créance économique permet de pressentir qu'il s'agira du concept de créance économique et non pas du concept de créance juridique. Le parallélisme le commande, le concept de créance économique permet d'appréhender les produits, il apparaît donc logique qu'il commande l'appréciation des charges.

Mais, derrière ce parallélisme, c'est surtout le principe de corrélation que nous avons mis en évidence en droit comptable qui se manifeste ici en droit civil des biens. Le critère fédérateur de

réalisation matériel qu'incarne la créance économique est le seul à permettre une mise en corrélation objective des produits et des charges dans l'usufruit.

Il serait en effet pour le moins déséquilibré que la commande de travaux d'entretien antérieure à la constitution de l'usufruit soit à la charge du nu-propriétaire alors que l'exécution intervient durant l'usufruit et que seul ce dernier en bénéficie en l'attente de la reconstitution intégrale du droit de propriété. De même, par exemple, la location d'un système d'alarme pour l'immeuble en usufruit doit être à la charge de l'usufruitier pour le prix de la période que dure l'usufruit. Autre exemple, les intérêts du remboursement d'un prêt contracté pour l'acquisition de l'immeuble donné en usufruit seront à la charge de l'usufruitier selon la règle comptable du couru, c'est-à-dire au prorata temporis, et non pas en fonction de la date d'échéance des primes de remboursement. C'est là d'ailleurs une solution jurisprudentielle également adoptée en droit des régimes matrimoniaux par l'arrêt Authier¹. C'est que les charges usufruitaires permettent d'apprécier en communauté légale les charges dont la communauté doit avoir la charge puisqu'elle bénéficie de la jouissance des biens propres.

2/ Les charges de l'indivision

874. Les revenus et charges de l'usufruit se retrouvent en quelque sorte en matière d'indivision, mais pour une autre utilité et de façon plus extensive, car la propriété n'y est pas répartie sur plusieurs plans, mais entre plusieurs personnes. Par exemple, l'opposition entre fruits et produits n'a de sens qu'en matière d'usufruit. Ce pour quoi nous avons écarté cette acception du terme « produits » qui ne correspond pas à l'utilisation que nous en faisons. En matière d'indivision par exemple, l'opposition n'a plus de sens, car tant les fruits que les produits accroissent l'indivision, de façon plus générale, tous les revenus générés par les biens indivis accroissent l'indivision.

La forme collective de la propriété en matière d'indivision génère une forme d'autonomie permettant aux créanciers de l'indivision de saisir directement les biens indivis là où les créanciers des indivisaires ne peuvent que provoquer le partage. L'article 815-17 du Code civil dispose de ces créanciers de l'indivision composés de deux catégories de créanciers, y compris « *ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis* ». C'est dans cette catégorie de charge que se retrouve, pensons-nous, la transposition en indivision de la créance économique.

Ainsi, les revenus qui accroissent l'indivision doivent s'apprécier au moyen de la créance économique, ce sont les revenus numéraires générés par une contrepartie fournie par les biens indivis durant la durée de l'indivision, peu importantes les dates d'exigibilité ou de naissance de la créance juridique. Et selon le principe de corrélation des produits et des charges, ces dernières s'apprécieront de la même façon, il s'agira du prix des prestations qui ont nécessité les biens indivis durant la durée de l'indivision. Ainsi, dans l'exemple de la location d'une alarme, seule les redevances correspondant au laps de temps de l'indivision seront à la charge de celle-ci et seront par conséquent payables par prélèvement ou pourront faire l'objet d'une voie d'exécution par le bailleur impayé directement sur les biens indivis durant l'indivision. Il en irait de même d'une prestation de service tels le nettoyage de locaux indivis ou leur réfection, seuls les travaux accomplis durant l'indivision

¹ Cf. supra n°876.

sur les biens indivis seront considérés comme charges de l'indivision, ils le seront quand bien même la créance juridique serait née pour le tout lors d'une commande antérieure à la constitution de l'indivision, et il en ira de même en cas d'échéance survenant durant l'indivision, mais recouvrant une période antérieure ou postérieure.

Nous aurons l'occasion de revenir sur l'application de la créance économique en la matière à l'occasion de l'étude de son domaine, mais sous un autre angle d'observation, à une échelle plus importante. D'ici là, observons que des principes similaires s'appliquent en communauté légale.

B. En droit des régimes matrimoniaux

875. Nous aborderons les charges des propres oubliées des textes et mises à la charge de la communauté par la jurisprudence (1). Puis nous proposerons, sur la base de la fonction de la créance économique, une simple interprétation de la notion d'économie ayant en la matière fait couler beaucoup d'encre (2).

1/ Les charges des biens propres en communauté légale

876. Si le Code civil prévoit que la communauté légale dispose de la jouissance des biens propres des époux durant le mariage, aucun texte ne gère visiblement le sort des charges. L'arrêt Authier du 31 mars 1992 résout ce vide juridique. En l'espèce, la communauté avait remboursé les annuités d'emprunts dues par Madame pour l'acquisition d'un immeuble propre. La cour d'appel avait ouvert un droit à récompense à la communauté pour la totalité. L'arrêt est cassé, le droit à récompense doit être limité au montant du capital remboursé, à l'exclusion des intérêts qui demeurent à la charge de la communauté. La Cour énonce en effet comme principe que, puisque « *la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens (...), dès lors, leur paiement ne donne pas droit à récompense au profit de la communauté lorsqu'il a été fait avec des fonds communs* »¹.

877. En quête du fondement de la solution, la doctrine ne cache pas son embarras. André Colomer² explique qu'il était « *logique et juste d'établir dans toute la mesure du possible une corrélation entre le passif et l'actif* ». Pourtant, les auteurs remarquent aussi que la solution se trouve en contradiction avec une lecture littérale des textes³, heurtant l'article 1428 du Code civil qui dispose que « *chaque époux a... la jouissance de ses propres* », l'article 1410 du Code civil d'après lequel les dettes

¹ Civ. 1, 31 mars 1992, n°90-17212, P, JCP G 1993, II, 22003, J.-F. PILLEBOUT, *Déf.* 1992, p. 1121, *RTD civ.* 1992, p. 401, Mél. Colomer p. 259, arrêt de cassation au visa des articles 1401, 1403, 1433, 1437, 1469 et 1479 du Code civil. La formule de l'arrêt est reprise par la suite, voir notamment civ. 1, 26 janv. 1994, n° 92-10.029 et civ. 1, 24 oct. 2000, *D.* 2001. Somm. 2936, obs. NICOD, *RTD civ.* 2001. 650, obs. VAREILLE : « *Attendu que la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens ; que, dès lors, leur paiement ne donne pas droit à récompense au profit de la communauté lorsqu'il a été fait avec des fonds communs ; qu'il s'ensuit que l'époux, qui aurait acquitté une telle dette avec des fonds propres, dispose d'une récompense contre la communauté* ».

² A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, Litec, n°783.

³ Ibid, n°617. J.-F. PILLEBOUT, obs. préc. sous l'arrêt Authier, supra n°876.

personnelles le sont « *tant en capitaux qu'en arrérages ou intérêts* », et l'article 10 de la loi du 10 juillet 1965 d'après lequel « *les époux reprendront la jouissance de leurs propres et supporteront les charges usufruituaires correspondantes, ainsi que les intérêts et arrérages de leurs dettes personnelles* ».

878. L'explication de Jean-François Pillebout¹ semble s'imposer. Pour l'auteur, il apparaît évident que les charges doivent être mises en corrélation des revenus, ce principe étant « *d'une grande rectitude aussi bien sur le plan juridique que du point de vue économique* ». En l'état, cette explication apparaît cependant un peu succincte et mériterait d'être approfondie. Il n'en reste pas moins que l'arrêt Authier constitue une manifestation en droit des régimes matrimoniaux du principe de corrélation des produits et des charges que nous avons observé en droit comptable. Le produit réside dans la valeur octroyée à la communauté légale par le bénéfice de la jouissance² des biens propres qui commande, de façon analogue à l'usufruit d'en faire supporter les charges corrélatives.

2/ La notion d'économie renouvelée en communauté légale

879. Le moment à partir duquel les revenus des propres acquièrent leur caractère commun a fait l'objet d'une vive controverse et de plusieurs thèses. Il nous semble que la théorie de la créance économique et sa fonction de corrélation des produits et des charges peuvent apporter un éclairage nouveau, peut-être simpliste, mais qui colle au droit positif.

880. En matière de revenus des propres, l'article 1401 du Code civil dispose que « *la communauté se compose (...) des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres* » et l'article 1403 dispose que « *la communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés* » des propres, ce qui renvoie également à une notion d'économie au sens commun du terme. L'article L. 121-9 du Code de la propriété intellectuelle, qui dispose du sort des produits pécuniaires provenant d'une exploitation d'une œuvre de l'esprit en régimes matrimoniaux fait aussi mention des « *économies réalisées* ». C'est la raison pour laquelle a été émise l'hypothèse que les revenus des propres ne deviendraient communs qu'une fois économisés, mais qu'ils seraient propres à l'origine. La différence est importante, car s'ils sont propres avant leur économie, les créanciers personnels de l'époux propriétaire peuvent les saisir avant leur perception, tandis que les créanciers communs ne peuvent les saisir qu'une fois qu'ils se retrouvent capitalisés sous forme de placement.

881. D'après la plupart des auteurs³, l'arrêt Authier précité réglerait le problème en considérant que la communauté qui bénéficie des revenus des propres doit en conserver la jouissance. En effet, comme le soulève André Colomer, à défaut, l'entretien d'un bien propre par l'utilisation des revenus

¹ Obs. sous l'arrêt Authier préc. supra n°876.

² C'est la jouissance et non nécessairement des revenus. Les charges doivent être supportées même en l'absence de revenus générés par les biens propres. A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, Litec, n°617 et J.-F. PILLEBOUT, obs. sous civ. 1, 31 mars 1992, arrêt préc., n°808, ce conformément à l'art. 1413 du Code civil.

³ CHAMPENOIS, op. cit., p. 1128. R. CABRILLAC, op. cit., n°146 p. 133. F. LUCET et B. VAREILLE, *RTD civ.* 1993, 401.

de ce dernier devrait donner lieu à récompense au profit de la communauté, « *solution évidemment absurde* »¹. Mais certains relèvent que la jurisprudence serait en cela contraire aux textes².

882. Il nous semble quant à nous que les choses peuvent être inversées, que la solution de l'arrêt Authier serait contenue en germe dans le Code civil lorsqu'il mentionne l'économie des propres. Ce n'est pas que les propres doivent être économisés pour devenir communs. **Cela signifie plus simplement que la communauté doit supporter les charges des propres et que par conséquent elle ne se retrouve mathématiquement et mécaniquement augmentée que des économies restant sur les charges. Ce ne serait donc pas l'économie au sens de capitalisation, mais l'économie au sens de bénéfice.**

L'économie mentionnée par les textes ne serait donc qu'une figure de style pour faire référence au principe de corrélation des produits et des charges. Dès lors, bien que l'article 1401 du Code civil n'applique pas la notion de revenus à ceux du travail³, il pourrait être envisagé de la leur appliquer, car les revenus du travail comportent eux aussi des charges corrélatives⁴, comme tout type de revenus.

883. Il peut malgré tout y avoir un intérêt à évoquer que le principe de corrélation des produits, des revenus avec les charges. Il s'agit ici de la fonction de la créance économique, les produits et les charges sont des créances et des dettes économiques qui naissent au fur et à mesure de l'exécution de la prestation corrélatrice⁵. Ce n'est pas l'acception juridique de la créance dont il est question ici, mais l'acception économique. Par exemple, la charge d'un billet de train dépensée pour l'acquisition des revenus ne naîtra pas au jour de l'achat du billet de train, jour de la passation du contrat, de naissance de la créance juridique, mais au jour où le voyage est effectué, naissance de la créance économique du prix du voyage. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point et sous un angle plus large à l'occasion de l'étude du domaine au prochain titre. Pour l'heure, ce qui importe, c'est que la communauté légale fait usage du principe de corrélation des produits et des charges qui pourraient d'après nous se trouver derrière la notion d'économie arborée par le Code.

Après avoir constaté l'existence de manifestations du principe de corrélation des revenus et des charges, il convient maintenant de rechercher son fondement juridique. Mettre en corrélation les charges et les produits, acceptions économiques de la créance, semble chose évidente. C'est justement là que se situe la difficulté. Puisque tout le monde s'accorde sur cette évidence, personne ne songe à se pencher sur son fondement juridique, sur son vecteur juridique.

¹ A. COLOMER, op. cit., n°617.

² F. BICHERON, in *Dalloz action*, op. cit., n°133.32 : « *La solution de la cour de cassation est évidemment contraire aux articles 1401 et 1403 du code civil. Et à d'autres encore, comme le révèle l'examen de sa portée...* ».

³ I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, LGDJ 2010, 2^e éd, n°354.

⁴ Les juges du fond peuvent se laisser prendre à la notion générale et générique d'économie. Civ. 1, 4 janv. 1995, n°92-20013, P, est cassé l'arrêt d'appel qui a refusé une récompense à la communauté pour remboursement des emprunts contractés pour l'acquisition d'un propre au motif général que les fonds utilisés ne provenaient pas des économies du couple. Cassation pour défaut de base légale pour ne pas avoir recherché l'origine des fonds et « *spécialement si ces fonds ne provenaient pas de revenus de l'exploitation agricole, lesquels tombaient en communauté bien qu'il s'agisse d'un bien propre du mari* ».

⁵ Pour des revenus du travail, civ. 1, 13 oct. 1993, inédit, n°91-19234, *JCP G* 1994, I, 3785, n°2, obs. P. SIMLER. Sont communs les revenus qui avaient « *leur origine dans son activité antérieure* » au divorce malgré leur perception postérieure.

§ 2 : Son fondement

884. La corrélation des produits et des charges est fondée en droit sur l'adage issu du droit canon « *ubi emolumentum ibi onus* », la charge va là où se trouve le profit. Il implique le principe général selon lequel la charge doit être supportée par celui qui perçoit les profits corrélatifs. Toutes les manifestations rencontrées précédemment, y compris celle du droit comptable, peuvent se rattacher à ce principe général de corrélation des produits et des charges. En droit comptable, l'exercice qui perçoit le profit doit supporter la charge corrélative, la ventilation se fait temporellement entre des exercices et non pas entre des personnes ou des entités différentes.

Cet adage peut déclencher la ventilation de la créance juridique afin qu'elle repose sur la personne ou sur l'entité qui doit en supporter la charge lorsque celle-ci correspond à un produit corrélatif. L'adage ne constitue dès lors pas une source autonome d'obligations, mais un correcteur du fonctionnement du droit subjectif personnel, son existence et son extinction. Ne constituant pas une source autonome d'obligations, l'adage utilise des vecteurs légaux spécifiques, des fondements juridiques de droit positif textuels qui n'en constituent que des cas légaux d'applications. Spécialement l'article 1251-3° du Code civil permet de fonder légalement le recours récursoire subrogatoire d'une personne obligée à la dette, mais ne devant pas en supporter la charge, la mesure de celle-ci pouvant s'opérer par le biais de l'acceptation économique de la créance.

L'exposé de l'adage (A) sera donc suivi de celui de certains de ses vecteurs légaux d'application (B), étant rappelé que **l'enrichissement sans cause ne saurait en constituer un** puisque celui-ci ne se contente pas de nuancer l'application d'obligations préexistantes, mais en crée de nouvelles¹.

A. L'adage « *ubi emolumentum ibi onus* », la charge va là où se trouve le profit

885. D'après Messieurs Laurent et Boyer², la maxime « *ubi emolumentum ibi onus* » « *exprime le lien réel qui unit le profit à la charge ; ils sont indissociablement unis, on ne peut avoir l'un sans l'autre, on ne peut échapper à l'ONU qu'en renonçant à l'emolumentum ; on n'a pas l'avantage d'une situation sans en avoir les charges, comme on ne peut cueillir une rose sans prendre en même temps ses épines* ».

Historiquement, l'adage nous vient du droit canon, des décrétales de Boniface VIII écrites en 1298³. Mais l'adage n'est en réalité qu'une déclinaison du principe selon lequel nul ne peut s'enrichir

¹ Sur la différence fondamentale entre la créance économique et la créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause, cf. supra n°707 et s.

² ADAGES, Litec, 4^e éd., n°452, p. 915.

³ P. VALDRINI, J.-P. DURAND, O. ECHAPPE, J. VERNAY, *Droit canonique*, Précis Dalloz, 2^{ème} éd. 1999, n°21. Ces décrétales constituent une codification du droit postérieur aux décrétales de Grégoire IX publiées en 1234, et dont elles adoptent un plan identique. Elles furent établies par une commission de juristes à la demande de Boniface VIII qui trouvait regrettable que

injustement au détriment d'autrui, de telle sorte que sa parenté remonte au droit romain. En effet, celui qui supporte la charge tandis que le profit corrélatif bénéficie à un autre s'appauvrit injustement au profit de ce dernier. « *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores* ». D'après le droit naturel il est équitable que nul ne s'enrichisse injustement au détriment d'autrui¹. Le précepte figure au Digeste et remonte donc au droit romain. On en retrouve cependant des traces bien avant l'empire romain, chez les philosophes de l'antiquité grecque².

L'adage « *ubi emolumentum ibi onus* » dérive donc de la maxime romaine d'après laquelle nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui. Cette maxime romaine doit être distinguée de l'enrichissement sans cause, source autonome d'obligation en droit positif. Elle est l'ancêtre commun de différentes institutions, parmi lesquelles l'ensemble des quasi-contrats³, y compris l'enrichissement sans cause et le principe de corrélation des produits et des charges exprimés par l'adage précité « *ubi emolumentum ibi onus* ». Mais l'existence de cet ancêtre commun ne signifie pas qu'il y ait identité des institutions. Enrichissement sans cause et corrélation des produits et des charges ne doivent pas être confondus, car les deux institutions comportent une divergence irréductible. Comme il a été vu, l'une présuppose l'inexistence d'une créance préalable, l'autre présuppose l'existence d'une créance juridique préalable⁴.

886. D'après l'ouvrage de Starck, Roland et Boyer⁵, ce type d'adage relèverait d'une coutume ayant une valeur supra législative dominant l'application des lois, « *bloquant le cas échéant leur mise en œuvre, restreignant ou élargissant leur champ d'application* ». Les auteurs remarquent également qu'ils sont spontanément générés par l'opinion collective, qu'ils émanent des tréfonds de l'esprit de la collectivité⁶. C'est là un symptôme caractéristique d'une manifestation du droit naturel. C'est que ces adages ont l'équité pour essence.

Le Digeste annonçait déjà que le principe général selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui prenait sa source dans le droit naturel : « *Jure naturae (...)* ». D'après le droit naturel, il est équitable que nul ne s'enrichisse injustement au détriment d'autrui.

le droit postérieur aux cinq livres des Décrétales de Grégoire IX ne soit pas également codifié, d'où la rédaction de ce 6^{ème} livre et sa désignation, « *sexte* ».

¹ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, n°193, p. 371. Digeste 12, 6, 14 et 50, 17, 206, créée par le prêteur Pompinius. L'action était ouverte en droit romain, mais ne s'agissait pas de l'action de in rem verso. Son fondement reste controversé. Elle aurait connu cependant une évolution similaire à notre action de in rem verso, consécration puis délimitation et limitation afin de la circonscrire de façon étroite. Voir JP LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, n°548 et s.

² F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français, Essai d'une construction technique*, th. 1949, p. 5. Allant encore au-delà, l'auteur estime que le précepte était déjà contenu dans le mythe de Némésis qui enseigne que l'équilibre entre les hommes ne soit pas compromis.

³ M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, th. Economica 1997. L'auteur démontre l'origine commune des quasi-contrats, mais aussi l'unité et l'unicité de la notion. L'article 198 du Projet de réforme du ministère de la justice du régime des obligations et des quasi-contrats définit d'ailleurs ces derniers comme « *des faits (...) dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit...* ».

⁴ Cf. supra.

⁵ H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 5e éd., 2000, n°927. Les auteurs se réfèrent à Portalis dans son discours préliminaire du Code civil où la coutume se trouve située parmi les sources du droit : « *Chez toutes les nations policées, on voit se former, à côté du sanctuaire des lois et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes... qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation... À défaut de textes précis sur chaque matière, un usage ancien ou une maxime reçue tient lieu de loi* ».

⁶ Ibid.

L'équité constitue l'ancêtre commun encore plus lointain de ces différents adages. Ainsi, à l'occasion de la consécration jurisprudentielle de l'enrichissement sans cause dans l'arrêt Boudrier, la Cour de cassation se raccrochait explicitement à l'équité énonçant que l'action de in rem verso dérive « *du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui* ». C'est l'équité qui se trouve systématiquement invoquée pour fonder l'adage romain précité¹. Ainsi, Grégoire Loiseau² écrit que le principe d'équité est dans les gènes de l'action de in rem verso. Mais Pothier³ s'y référerait déjà en énonçant que c'est « *l'équité naturelle qui produit l'obligation* » en matière d'enrichissement sans cause. Planiol énonce lui aussi qu'il s'agit là de l'une des « *règles nécessaires d'équité..., une des rares règles de droit naturel qui dominent toutes les lois alors même que le législateur n'a pas pris spécialement le soin de les formuler* ». M. Rouast⁴ explique que l'enrichissement sans cause relève « *d'un principe de droit naturel* ». Jean Honorat⁵ va également dans ce sens en affirmant le caractère ouvert de la catégorie des quasi-contrats. Cyril Grimaldi⁶ rappelle également ces racines du droit naturel.

887. L'équité comme fondement médiate constitue cependant une **notion creuse**, vide de précision⁷, qui relève davantage du sentiment général de justice⁸ que de la raison. Toutefois, il ne s'agit pas de n'importe quelle équité qui est mise en œuvre par le principe de corrélation des produits et des charges. Il s'agit d'une équité plus précise que de coutume, d'une **équité objective**. La charge doit aller en corrélation avec le produit, il y a là une opération logique, presque mathématique, mécanique.

Cette mécanique nécessite des **outils**, ce pour quoi l'utilisation de la **créance économique** s'impose, en tant qu'outil de mesure temporelle de la production de valeur générée par l'exécution des créances juridiques, en tant qu'expression en droit des notions de produits et de charges. C'est le concept de créance économique qui va donc permettre leur mise en corrélation temporelle. Celui qui perçoit les produits économiques d'une période doit supporter les charges économiques corrélatives de cette même période. Les créances et les dettes économiques peuvent être mises en corrélation grâce à leur mode de naissance objectif ancré sur le matériel, comme nous avons eu l'occasion de l'expliquer et de l'illustrer de façon plus précise en droit comptable.

888. La notion d'équité objective n'est pas nouvelle. Elle fut développée par différents auteurs qui ont eu l'idée brillante de rationaliser l'équité en l'objectivant. Cela conduit à atténuer, voire à supprimer certains de ses inconvénients majeurs que sont l'imprécision et l'arbitraire. C'est certes principalement sur le terrain de l'enrichissement sans cause qu'une telle équité se trouve développée. Mais elle peut être étendue à la fonction de corrélation entre les produits et les charges.

¹ DEMOLOMBE, t. XXI, p. 44s. : « *l'action de in rem verso est fondée sur cette règle éternelle d'équité* ».

² G. LOISEAU, *JCP G* 2010 n°1040, n°1, chr.

³ POTHIER, *Traité des obligations*, p. 157, sur les quasi-contrats.

⁴ A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1922, n°35, p. 99.

⁵ J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, 653, n°19.

⁶ C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th., Defrénois 2007, n° 467 s.

⁷ M. DOUCHY, th., op. cit., n°10.

⁸ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. 1920, p. 414.

Cette équité objective se retrouve chez Aubry et Rau¹ qui incorporent l'enrichissement sans cause à leur théorie du patrimoine, comme une mesure de protection de ce dernier. Le fondement reste l'équité, mais l'objectivité se retrouve dans l'application technique, dans les conditions de mise en œuvre de l'institution dénuée de toute appréciation subjective et qui s'incarne dans un déplacement de valeur entre deux patrimoines².

Jacques Maury³ développa de façon plus explicite la notion d'équité objective. L'auteur rappelle au préalable que l'équité, de même que la justice, constituent des notions éminemment subjectives et fuyantes, rétives à toute systématisation, à toute définition, et qui évoluent de façon considérable dans l'espace-temps, selon les lieux et les époques, parce que l'équité et la justice sont affaires de sentiments et de foi davantage que d'idées. Malgré tout, il émet l'hypothèse que la nature humaine ne varie pas quant à elle et qu'il devrait dès lors être possible de trouver dans l'équité dont elle relève certains éléments de permanence.

Enfin, l'idée d'une équité objective peut également se déceler chez Rouast⁴. L'auteur se réfère en effet à une certaine objectivation de l'équité en relevant que les juges ne font pas appel à « *leur sentiment général d'équité, mais à une règle d'équité* ».

889. Il peut être ajouté une précision à cette règle objective d'équité, à cette équité objectivée. Il apparaît plausible de la trouver de façon sous-jacente dans les idéaux de notre société capitaliste et consumériste⁵. Elle se retrouve en effet dans l'idée de **justice commutative** qui façonne notre société et se retrouve dans l'inconscient collectif⁶. La créance économique, prix d'une prestation exécutée, se trouve à cet égard être un concept qui représente parfaitement cette idée. La justice commutative se cacherait donc au tréfonds du principe de corrélation des produits et des charges.

890. L'équité, même objectivée, ou encore les principes généraux du droit ne peuvent toutefois pas constituer des règles directement applicables du fait de leur insuffisante précision technique. Ils sont source d'inspiration à la création de nouvelles règles de droit, qui peuvent être jurisprudentielles si nécessaire comme le montre l'enrichissement sans cause. Mais ils ne constituent pas directement des

¹ AUBRY et RAU, t. IV, 1ère éd., p. 106. AUBRY et RAU, t. VI, 4^e éd., p. 246-247. AUBRY et RAU, t. 9, 6e éd., 1953, par Esmein, § 573 à 575. 1ère éd. : « *Une personne peut même en ce qui concerne son propre patrimoine exercer efficacement le droit de revendication dont jouit tout propriétaire, en ce sens qu'elle est autorisée à réclamer, au moyen de l'action de in rem verso, les valeurs dont le patrimoine d'une personne s'est enrichie au détriment du sien et pour la restitution desquelles elle n'aurait à exercer aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. L'action de in rem verso qu'on peut définir comme la revendication d'objets considérés non en eux-mêmes et sous le rapport de leur utilité complète, à l'instar des actions réelles contre toute personne, quelle que soit d'ailleurs l'incapacité de contracter dont elle se trouve frappée....* ».

² L'approche fut reprise par la jurisprudence, cass. 2 mars 1915, DP 1920, 1, 102, « *attendu que l'action de in rem verso (...) doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne...* ».

³ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Paris 1920, spéc. p. 2.

⁴ A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1922, n°35, p. 99, en évoquant « *une règle d'équité* » par opposition au « *sentiment général d'équité* » des juges.

⁵ J. MAURY fondait l'idée d'équité objective sur le droit de propriété. *A contrario*, il n'est pas certain du tout qu'il en irait de même dans une société marxiste dont le cœur repose sur une propriété collective et non plus sur une propriété individuelle, où l'individu passe au second plan, derrière la collectivité, où la quantité, la qualité et la complexité du travail et des prestations fournies n'est pas nécessairement en corrélation avec la rémunération perçue. Dans une telle société, il n'apparaîtrait pas si naturel, si logique, si évident de mettre les charges en face des produits, de faire peser les charges sur celui qui perçoit les produits.

⁶ Notamment dans certains dictons populaires, « *on n'a rien sans rien* », « *tout travail mérite salaire* », ...

règles de droit opérantes et applicables comme telles. Il convient dès lors de s'interroger sur les vecteurs légaux qui pourraient permettre l'application du principe de corrélation des produits et des charges. Cela consiste à rechercher les règles de droit précises, techniques et opérantes qui mettent en œuvre l'adage « *ubi emolumentum ibi onus* », le principe de corrélation entre les produits et les charges, éventuellement en assurant leur remise en corrélation.

B. Les vecteurs légaux de l'adage « *ubi emolumentum ibi onus* »

891. L'enrichissement sans cause ne peut constituer un vecteur légal d'application de la fonction de la créance économique de mise en corrélation des produits et des charges. En effet, il a déjà été soulevé et expliqué que la créance économique ne doit pas être confondue avec une créance issue d'un cas d'enrichissement sans cause malgré la ressemblance ponctuelle qu'il peut y avoir entre les deux¹. Les deux peuvent être issues de l'exécution d'une prestation. Mais la créance économique est issue d'une prestation caractéristique prévue dans un rapport synallagmatique. Elle présuppose l'existence d'une créance juridique dans le sillage de laquelle elle naît et dont elle vient corriger les effets. Au contraire, la créance née d'un cas d'enrichissement sans cause ne saurait naître en présence d'une autre obligation préalable, car la condition de subsidiarité posée par la jurisprudence y ferait dans tous les cas obstacle. L'idée de mise en corrélation des produits et des charges pourrait se retrouver dans un cas d'application d'enrichissement sans cause². Mais il ne s'agirait pas pour autant de la mise en œuvre d'une fonction de la créance économique qui repose sur la ventilation d'une créance juridique, plus précisément sur la ventilation de la charge d'une créance juridique³.

Deux vecteurs légaux peuvent être relevés et permettent une mise en œuvre relativement large du principe de corrélation entre produits et les charges en droit commun, la répétition de l'indu dans l'hypothèse du recours du *solvens* contre le véritable débiteur de la dette indûment payée (1) et le recours subrogatoire du codébiteur solidaire non intéressé à la dette fondé sur l'article 1251-3° du Code civil (2).

1/ Le cas particulier du recours du *solvens* contre l'accipiens intellectuel

¹ Cf. supra n°707 et s.

² G. RIPERT et M. TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD civ.* 1904 p. 727, spéc. p. 761. Les auteurs expliquent que la théorie de l'enrichissement sans cause constitue l'expression du principe d'après lequel le profit doit être en corrélation avec les charges. Ils rattachent l'enrichissement sans cause au droit de la responsabilité revu sous l'angle de la théorie des risques. L'enrichi conserve le bénéfice, notion qui implique en fait la soustraction des charges supportées par l'appauvri. Les auteurs expliquent en outre la règle de la double limite, à savoir que l'action reste limitée à la plus petite des deux sommes de l'appauvrissement ou de l'enrichissement, par l'absence d'un accord de volonté qui implique que, si l'enrichi ne doit pas conserver davantage que le bénéfice, il ne peut pour autant lui être infligé de supporter des pertes car il n'a pas consenti des pertes, dès lors, lui faire supporter davantage que son profit reviendrait à admettre que l'on peut engager autrui par son fait, que l'appauvri pouvait engager l'enrichi par son seul fait.

³ De même que l'idée de créance se trouve dans la créance économique par inspiration très voisine de l'institution de l'enrichissement sans cause, l'idée d'un droit à quelque chose en retour. Mais comme il a été vu, la créance économique n'a de créance que l'idée, elle n'a pas la nature d'un droit subjectif personnel.

892. Le *solvens* qui paie la dette d'autrui dispose aujourd'hui d'un recours contre le véritable débiteur de la dette¹. Ce recours est fondé sur les règles de la répétition de l'indu, les articles 1376 et 1377 du Code civil², car le véritable débiteur de la dette est considéré comme le véritable bénéficiaire du paiement, « *l'accipiens intellectuel* »³.

Cette jurisprudence opérant une application particulière des règles de la répétition de l'indu représente en réalité une déclinaison du principe de corrélation des produits et des charges. Une obligation existait bien, celle qui liait le véritable débiteur à son créancier. Elle est éteinte par le *solvens*. Mais elle survit en ce sens que la charge ne devait pas peser sur la personne qui l'a payé, mais sur le véritable débiteur. Pour cette raison, le *solvens* dispose d'un recours contre ce dernier, car il est le « *véritable bénéficiaire* » du paiement pour reprendre la lettre de la jurisprudence.

893. L'identification dans le recours contre l'accipiens intellectuel d'un cas de mise en corrélation entre les charges et les produits emporte une conséquence importante quant à la **qualification de ce recours**. Il s'agit d'un **recours subrogatoire** et non pas personnel. En effet, le principe de corrélation des produits et des charges, fonction de la créance économique, ne crée pas de droit nouveau, ce contrairement à un cas d'enrichissement sans cause. Il apparaît dès lors que le recours explicité par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1377 du Code civil à l'encontre de l'accipiens intellectuel constitue un recours subrogatoire. La créance payée n'est en réalité pas éteinte, mais transmise par le biais d'une subrogation légale spécifique au schéma du paiement de la dette d'autrui. Peut-être qu'un recours personnel sur le terrain de l'enrichissement sans cause serait possible, mais il serait dans tous les cas soumis au régime de cette institution et se heurterait à cet égard peut-être à la condition de subsidiarité.

Le recours contre *l'accipiens* intellectuel dans le paiement de la dette d'autrui constitue un cas d'application relativement large et générique du principe de corrélation entre les produits et les charges en droit commun. Un second vecteur légal peut être décelé qui présente un spectre encore plus large d'application en droit commun, l'article 1251-3° du Code civil.

2/ Le cas général du recours subrogatoire du codébiteur solidaire non intéressé à la dette de l'article 1251-3° du Code civil

894. L'article 1251-3° du Code civil constitue le fondement légal du **recours récursoire subrogatoire auquel peut donner lieu l'utilisation de l'acception économique de la créance afin de déterminer si la dette devait bien reposer sur celui qui l'a payé et si tel n'était pas le cas sur qui la charge de cette dette devait reposer et dans quelle mesure**.

¹ Civ 1, 12 mai 1987, n°85-11387, P. Civ. 2, 2 avril 2009, n°08-11684, inédit.

² Civ. 1, 22 sept. 2011 n°10-14871, inédit, cassation au visa des articles 1376 et 1377 du Code civil et au chapeau suivant : « *Attendu que celui qui reçoit d'un assureur le paiement d'une indemnité à laquelle il a droit, ne bénéficie pas d'un paiement indu, le véritable bénéficiaire de ce paiement étant celui dont la dette se trouve acquittée par quelqu'un qui n'y était pas tenu* ».

³ J. MESTRE, *RTD civ.* 1988, 348, obs. sous civ 1, 12 mai 1987, n°85-11387, P. L'auteur est à l'origine de cette terminologie particulièrement appropriée.

895. La créance économique et sa fonction de corrélation entre les produits et les charges ne constituent pas les seuls outils de mise en œuvre des recours récursoires. Par exemple, dans le cadre de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation, le conducteur (son assureur) ayant désintéressé la victime de l'accident dispose d'un recours récursoire contre les autres véhicules impliqués au marc franc en l'absence de faute commise par l'un des véhicules ou selon le rôle causal de la faute de la survenance de l'accident en cas de faute. Malgré tout, si elle ne constitue pas le seul outil d'établissement d'un recours récursoire, ce qui importe ici c'est qu'elle en constitue un tout de même.

896. Mais le recours récursoire faisant usage de l'acception économique de la créance pour ventiler la charge de la créance juridique ne peut être que subrogatoire. En effet, la créance économique n'est pas autonome de la créance juridique, elle lui est incorporée. Dans le cadre du recours subrogatoire, la créance initiale n'est pas éteinte par le paiement, elle est transférée par le biais de la subrogation légale au profit du *solvens*. **L'acception économique de la créance peut donc permettre de donner la mesure de ce transfert subrogatoire de la créance.** Elle indique si le *solvens* devait ou non supporter une partie de la charge de la dette et dès lors si son recours subrogatoire est total ou n'est que partiel et s'il n'est que partiel, dans quelle mesure il s'exerce.

En l'absence de recours subrogatoire, il ne peut plus y avoir utilisation de l'acception économique de la créance. Le recours récursoire personnel se fonde sur une créance juridique autonome issue d'un cas de gestion d'affaire ou d'enrichissement sans cause qui répond à un régime spécifique. Comme il a pu être soulevé, même s'il y a ressemblance avec le raisonnement inhérent à l'utilisation de l'acception économique de la créance, il n'y a pas identité.

897. Dans sa thèse sur le codébiteur solidaire non intéressé à la dette, Manuel Oury-Brulé définit celui-ci comme une personne « *qui ne reçoit aucune contrepartie effective de son engagement* »¹. Or c'est de cette contrepartie effective, effectuée, que naît la créance économique. L'auteur explique que, « *économiquement, il a payé la dette d'autrui et non la sienne propre* ». Les propos de l'auteur correspondent bien à l'idée d'utilisation de l'acception économique de la créance, mais ils sont cependant plus larges. Contrairement à l'hypothèse précédente du recours du *solvens* contre l'accipiens intellectuel fondé sur la répétition de l'indu, le fondement de l'article 1251-3° implique que le *solvens* était obligé de payer la dette.

Le fondement de l'article 1251-3° du Code civil nécessite que le *solvens* soit obligé à la dette sans devoir y contribuer totalement, car la charge de la dette payée ne doit pas reposer sur lui, à tout le moins pas intégralement. Le *solvens* peut avoir été tenu au paiement en vertu d'une autre règle que celles de la solidarité ou du cautionnement².

¹ M. OURY-BRULE, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, Article 1216 du Code civil*, LGDJ, 2002, n°48. Il n'est pas certain que l'expression « non intéressé » à la dette soit heureuse car, au sens où l'auteur l'utilise, elle ne correspond pas au sens utilisé par le Code civil dans l'article 1251 3°, celui qui avait « intérêt » à acquitter la dette car il était tenu avec d'autres ou pour d'autres. Le débiteur non intéressé de Madame OURY-BRULE est le débiteur intéressé de l'art. 1251 du Code civil, il bénéficie du recours récursoire.

² Civ. 1, 25 nov. 2009, 08-20438, P, la cour d'appel avait rejeté le recours subrogatoire sur le terrain de l'art. 1251 3° au double motif erroné que ce recours était réservé aux cas d'obligations solidaires et que le recours ne pouvait s'exercer pour l'intégralité du paiement effectué.

La jurisprudence se veut extensive quant à cette condition d'obligation à la dette. Le *solvens* peut avoir été obligé en vertu d'un cas de responsabilité civile¹ ou encore d'une obligation ou d'un devoir contractuel. La Cour de cassation énonce en la matière « *que celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun ceux sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »². Nous retrouvons bien le concept de charge répartition de la charge de la créance sous son aspect dette.

898. Deux affaires illustrent bien l'utilisation de l'acception économique de la créance et de sa fonction de corrélation entre les produits et les charges sur le fondement du recours récursoire énoncé à l'article 1251-3° du Code civil.

Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 25 novembre 2009, le recours subrogatoire est accordé à un professionnel, qui avait été chargé de l'exploitation d'une chaufferie, avait procédé à ses frais au remplacement des canalisations abîmées suite à un sinistre dans lequel il n'était pas fautif³. Dans cet arrêt, si le recours devait être admis, c'est au fond parce que le client qui bénéficie du remplacement de la canalisation doit en assumer la charge du prix. C'était donc à lui et à son assureur couvrant le sinistre d'assumer cette charge du remplacement des canalisations.

Dans un arrêt plus ancien, le recours subrogatoire est accordé au transporteur ayant assumé le prix des marchandises suite à son omission de faire signer par le client les documents bancaires permettant de prouver l'exécution du contrat par le fournisseur pour l'obtention d'un crédit documentaire⁴. La personne ayant bénéficié de la livraison n'était pas le transporteur, mais le client. Ce n'était donc pas au transporteur d'en supporter la charge malgré sa faute, mais bien au client, d'où l'admission du recours subrogatoire.

Le fondement juridique et les vecteurs légaux éventuels du principe de corrélation entre les produits et les charges étant posés en droit commun, il est possible d'en déduire quelques cas d'application potentiellement souhaitables.

§ 3 : Ses potentialités

899. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut envisager deux hypothèses où l'application de la fonction de la créance économique, la remise en corrélation des charges et des produits, serait souhaitable.

¹ Nombre d'hypothèses concernent des notaires ou d'avocats qui s'acquittent d'une dette à laquelle ils pensent être tenue en vertu de leur responsabilité professionnelle. Civ. 1, 1^{er} juill. 2009, n°08-11921, inédit, publication tardive d'une hypothèque par le notaire, paiement de son assurance. Voir également en matière de responsabilité du notaire, civ. 1, 31 mai 2007, n°05-21390, inédit, civ. 2, 2 nov. 2005, n°03-11729, inédit, pour un notaire responsable vis-à-vis de sa SCP qui avait versé à des époux davantage que ce qui leur était dû à l'issue des opérations de liquidation partage de leur régime matrimonial. Pour un avocat, civ. 1, 7 nov. 1995 n°93-16148 P, où le conseil était responsable de ne pas avoir renouvelé une inscription d'hypothèque pour son client.

² Notamment, préc., com. 9 mai 1990, n°88-18125, P, civ. 1, 31 mai 2007, n°05-21390, inédit, civ. 2, 2 nov. 2005, n°03-11729, inédit, chapeau des arrêts de cassation au visa de l'art. 1251 3°.

³ Civ. 25 nov. 2009, n°08-20438, P. Et pour une hypothèse en tous points similaires, civ. 1, 27 mars 2001, n°98-16723, P.

⁴ Com. 9 mai 1990, n°88-18125, P, cassation au visa de l'art. 1251 3° de l'arrêt qui refuse d'accorder le recours subrogatoire au transporteur au motif insuffisant à justifier le refus que, si le transporteur « avait été appelé à verser (au fournisseur) une somme équivalente au prix, c'était à titre de dommages-intérêts, en raison des fautes commises dans l'exécution de son mandat ».

La mise en corrélation entre les produits et les charges faisant usage de la créance économique devrait permettre de reconnaître un recours récursoire au débiteur solidaire devenu non intéressé à la date afin qu'il ne supporte plus la charge à venir de celle-ci, bien qu'il doive continuer à en assumer la garantie en vertu de la solidarité stipulée (A). La créance économique et sa fonction devraient également conduire à nuancer la trop grande rigueur du système de reprise des engagements d'une société en formation qui porte atteinte en l'état à la sécurité des créanciers, mais également au crédit de la société en formation (B).

A. La mesure du recours du copreneur solidaire devenu non intéressé à la dette

900. Dans un arrêt de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 24 juin 1998¹, un copreneur solidaire avait délivré son congé et quitté les lieux. Sa copreneuse, disposant exclusivement de l'intégralité des lieux, avait payé l'intégralité des loyers jusqu'à son départ. Après ce départ, elle décide de poursuivre son ancien compagnon et copreneur pour obtenir le remboursement de la moitié des loyers qu'elle avait intégralement payés depuis le départ de celui-ci. Déboutée de sa demande par les juges du fond au motif de l'absence d'un « *accord sur le taux de participation du colocataire aux loyers* », la preneuse obtient la cassation de cet arrêt au visa des articles 1213 et 1214 du Code civil d'après lesquels les codébiteurs solidaires ne sont tenus entre eux que pour leurs parts et portions.

901. La majorité des auteurs contestent cette solution. De toute évidence, le principe de corrélation des produits et des charges se trouve ici heurté. Le copreneur sortant de bénéficie plus de la jouissance de l'immeuble. Il apparaît donc normal qu'il n'en ait plus la charge. Comme l'expose Jérôme François, le preneur sorti, « *pour la période postérieure au congé, joue le rôle d'une caution. Ayant perdu tout intérêt à la dette, il devrait être normalement libéré, dans ses rapports avec l'autre de son obligation d'y contribuer...* »².

Par l'effet de son congé, le copreneur est devenu un codébiteur solidaire non intéressé à la dette. La solidarité conserve son obligation de garantir le paiement des loyers à l'égard du bailleur. Mais le congé le délivre de la charge à laquelle ils correspondent.

Certes, en matière de solidarité, une répartition par parts viriles s'impose souvent. Mais les textes laissent la porte ouverte à une répartition différente. Les textes visés eux-mêmes dans l'arrêt précité se réfèrent à une répartition des parts et portions sans dire en quoi celle-ci devrait consister, sans exiger nécessairement une ventilation par parts viriles. Encore plus explicite quant à cette possibilité, l'article 1216 du Code civil dispose que « *si l'affaire... ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs* ».

¹ Civ. 2, 24 juin 1998, n°96-19442, P. *RTD civ.* 1998, 906, J. MESTRE, D. 1999, 115, R. LIBCHABER.

² J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Economica 2013, n°218.

Comme l'expose Manuela Oury-Brulé dans sa thèse sur l'engagement du codébiteur non intéressé à la dette¹, la répartition par parts viriles n'est qu'une présomption simple d'intérêt à la dette qui nous vient d'une jurisprudence séculaire bien assise depuis la deuxième moitié du 19^{ème} siècle.

D'autres modes de répartition plus appropriés qu'une répartition par parts égales peuvent s'appliquer. Parmi eux, comme un mode de répartition parmi d'autre, une répartition appliquant la corrélation des charges et des profits peut s'imposer si la situation s'y prête², autrement dit une répartition des charges en fonction des bénéficiaires des produits corrélatifs. Tel était le cas en l'espèce. La preneuse restée dans les lieux avait exclusivement bénéficié de la valeur que constituait la jouissance exclusive et totale de l'immeuble loué, c'était donc à elle d'en supporter exclusivement la contre-valeur, la dette économique de loyers corrélative à l'occupation postérieure au départ de son compagnon.

902. Une telle solution n'apparaîtrait pas choquante en opportunité, bien au contraire. Le preneur sortant qui délivre son congé doit nécessairement respecter un préavis qui laisse le temps à la copreneuse de prendre ses dispositions pour quitter elle-même les lieux ou bien de trouver un autre colocataire. D'autres règles du droit pourraient venir nuancer la situation, telles par exemple l'existence d'un lien marital ou d'un PACS entre les copreneurs. La situation de fait et les attentes légitimes des parties pourraient également nuancer le recours contributoire par un cas de responsabilité délictuelle. Cependant, tout cela ne relève pas de la technique de la solidarité et vient se surajouter dessus. Une solution contraire aboutirait à obliger chacun des copreneurs à demeurer dans les lieux, à bénéficier des lieux, ou à supporter le paiement intégral des loyers aussi longtemps que l'autre copreneur le désire. Le droit au congé serait rendu inefficace. Cela n'est pas souhaitable en opportunité, car trop attentatoire à la liberté de chacun. Dans l'espèce, si les personnes étaient en couple, d'autres règles du droit peuvent venir s'appliquer. Mais elles pouvaient ne pas l'être auquel cas la solution apparaît véritablement impraticable pour deux colocataires ordinaires qui ne se connaissaient pas et ne s'entendent plus³.

B. La mesure du profit procuré à la société formée par un engagement non repris

903. La reprise par une société des actes accomplis par ses fondateurs durant sa période de formation fait l'objet d'une législation particulièrement stricte qui peut aboutir à léser les tiers cocontractants

¹ M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette*, Article 1216 du Code civil, LGDJ, 2002, n°601.

² Notons, par exemple que tel ne sera pas tout à fait le cas dans une situation pourtant apparence aux premiers abords, en matière de cotitularité légale du bail dans la communauté légale dont dispose l'art. 1751 du Code civil. C'est le mariage et la communauté de vie qui justifie cette cotitularité solidaire qui ne cesse qu'avec la publication à l'état civil du jugement de divorce ou de l'acte de décès de l'un des époux nonobstant toute occupation effective (civ. 3, 27 mai 1988, n°96-13543, P, civ. 2, 3 oct. 1990, n°88-18453, P, civ. 3, 2 juin 1993, n°91-14522, P, civ. 3, 2 févr. 2000 n°97-18927, P), malgré la délivrance de son congé par l'un des époux (Civ. 1, 13 oct. 1992, n°90-18404, P).

³ Pour excuser la cassation dans l'arrêt critiqué, il est possible de reconnaître que l'argumentation de la Cour d'appel était erronée, bien que la solution par elle adoptée doive d'après nous être validée. Mais alors c'est à un rejet avec substitution de motif qu'aurait dû aboutir le pourvoi de la preneuse qui ne pouvait pas légitimement s'attendre à obtenir le remboursement de la moitié de ses loyers (R. LIBCHABER, obs. op. cit) dans la mesure où son copreneur n'avait plus de droit de jouissance et dans la mesure où si elle n'avait pas voulu supporter l'intégralité du paiement aurait pu elle-même délivrer son congé ou prendre un nouveau colocataire.

ayant accordé leur crédit à la société alors qu'elle n'était qu'à l'état de projet en cours de constitution.

Ainsi, dans un arrêt du 27 mai 2003¹, il s'agissait de l'embauche d'un salarié qui n'avait pas fait l'objet d'une reprise conforme. L'exécution du contrat de travail s'était pourtant poursuivie après l'immatriculation de la société, le salarié travaillant dans les locaux de la société et la société payant les salaires du salarié. Des difficultés économiques étaient par la suite survenues et le salarié réclamait au liquidateur judiciaire le paiement de 61.750 F pour six mois de salaires impayés, 7550 F au titre des congés payés, 13000 F au titre du préavis et 1300 F au titre des congés payés sur préavis. Les juges du fond l'avaient débouté au motif que son contrat de travail, passé par la société alors qu'elle était en formation, n'avait pas été repris. C'est sans succès que le pourvoi du salarié invoquait la situation de fait ayant suivi l'immatriculation de la société. Son pourvoi est rejeté. Sans doute le salarié aurait-il pu se retourner contre le fondateur liquidateur si celui-ci n'avait pas été également en liquidation judiciaire.

La solution est inique en opportunité, mais également en droit. Le salarié serait avantagé si la société n'avait jamais été créée, car, s'agissant d'une société créée de fait sans caractère occulte, tous les associés se retrouveraient codébiteurs du salarié créancier, avec solidarité en cas d'objet commercial², tandis que seul le fondateur signataire du contrat est tenu à l'exclusion de ses coassociés dans le cas d'une société formée sans que l'engagement ne soit repris³.

904. Le caractère inique provient d'une trop grande rigidité du mécanisme de reprise des engagements d'une société en formation⁴, sans qu'aucune nuance ou qu'aucun mécanisme correcteur ne semble être admis. Il nous semble que **l'acception économique de la créance doit servir ici de mécanisme correcteur** de l'application ordinaire des règles de la créance juridique et de la reprise des engagements d'une société en formation.

C'est le caractère strictement alternatif de la reprise des actes qui devrait être nuancé⁵. Les articles 1843 du Code civil pour les sociétés civiles et L. 210-6 du Code de commerce pour les sociétés commerciales disposent que la reprise rétroagit au jour de la passation de l'acte. Cela implique que les débiteurs soient alternatifs. À défaut de reprise conforme, ce sont les fondateurs qui restent tenus de l'acte. Mais en cas de reprise, les fondateurs sont libérés par l'effet d'une fiction et la société se retrouve seule cocontractante *ab initio*. Trois modes de reprise sont exclusivement possibles, la

¹ Soc. 27 mai 2003, n°01-42959, inédit, *Bull. Joly sociétés*, 1^{er} août 2003 p. 918, obs. B. SAINTOURENS qui approuve l'application rigoureuse par une chambre sociale des règles spéciales du droit des sociétés. Le détail des faits est tiré de l'arrêt d'appel obtenu auprès de la Cour, CA Bordeaux, 26 mars 2001, rôle n°98/05676, où le salarié, outre son débout, s'était vu condamné aux frais irrépétibles à une indemnité de 1000 F, alors qu'il a tout de même très légitimement put avoir une attente légitime à ce que la société pour laquelle et dans laquelle il a travaillé durant un temps substantiel soit redevable à son égard des salaires en conséquence.

² M. RAIMON, Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés, *GP* 21 déc. 2000, n°356, p. 2, n°17 qui rappelle que les actes passés pour une société démunie de personnalité morale engage tous les associés lorsqu'elle est ostensible.

³ Y. GUYON, Droit des affaires, t. 1, Economica 12^{ème} éd. 2003, n°192. Ripert et Roblot, Traité, t. 1 vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ Paris 2002, n°1060.

⁴ Pour une critique de la rédaction de l'art. 1843 et des propositions d'interprétation prospectives audacieuses, P. DIDIER, « L'article 1843 du Code civil ou la difficulté d'être européen », *in mël. Dr. ai*, p. 549.

⁵ L'origine se situe dans l'art. 10 de la Directive du 9 mars 1968 qui dispose que « si des actes ont été accomplis au nom d'une société en formation avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité morale et si la société ne reprend pas les engagements résultant de ces actes, les personnes qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables ». Cette directive a par la suite inspiré la rédaction de l'art. L. 210-6 du Code de commerce puis de l'art. 1843 du Code civil.

reprise par une liste détaillée des actes repris annexée aux statuts, la stipulation d'un mandat spécial au profit d'un associé déterminé en vue de réaliser un ou plusieurs actes précis après la signature des statuts et enfin la reprise postérieure à l'immatriculation de la société par ratification des actes précis repris¹. Chaque fois les actes repris doivent être déterminés, tout comme la personne habilitée dans le cadre du mandat spécial².

Ainsi, en l'absence de reprise du bail commercial, l'associé se retrouve tenu de payer les loyers postérieurs à l'immatriculation de la société³. Il en est le seul tenu à l'exclusion de la société, ce alors même que la société aurait effectué des paiements de termes de loyers à sa place, aurait exécuté le contrat à sa place. Là encore, cette solution paraît choquante et la rigueur d'une protection du mécanisme de reprise des engagements ne paraît pas justifier une telle solution.

905. Si les solutions apparaissent d'emblée choquantes, c'est parce que **le principe naturel de corrélation des produits et des charges se trouve heurté**. Une fois immatriculée, la société bénéficie du bail commercial passé par le fondateur. Une fois immatriculée, la société bénéficie du contrat de travail passé par le fondateur. La valeur constituée par la jouissance des locaux ou par la force de travail du salarié lui profite. Il apparaît donc normal que la charge repose sur elle.

Lors de sa formation, la société reprend dans les faits les actes à son compte en acceptant de bénéficier des services inhérents aux contrats en cours passés à son profit par les associés. Si la reprise formelle, qui opère une substitution rétroactive de partie au contrat, ne peut avoir lieu, cette poursuite factuelle des contrats par la société traduit un transfert solo consensus du contrat de travail ou du contrat de bail. Les obligations et les dettes principales sont donc transmises par l'effet de ce transfert à la société nouvellement bénéficiaire de ces contrats. L'attitude des parties traduit cette volonté. Et la réglementation sur la reprise des engagements d'une société en formation ne nous paraît pas heurtée, bien au contraire, elle se trouve ramenée à sa juste mesure. La société bénéficie du travail ou de la jouissance du local, il est donc juste qu'elle en assume la contrepartie, la charge du prix corrélatif. Il n'y a pas identité avec la reprise des engagements.

Premièrement, la société n'est pas tenue du prix de l'exécution du contrat antérieure à sa période de formation. Or, cette période peut être plus ou moins longue⁴.

Deuxièmement, le fondateur reste tenu du prix de l'exécution du contrat postérieure à sa formation conformément au droit commun de la cession de contrat en absence de libération expresse de la part du salarié cocontractant.

Troisièmement, c'est l'attitude de la société au jour de sa formation qui prouve le transfert de contrat, si bien que le choix lui est laissé contrairement à une procédure de reprise d'engagements où elle serait tenue d'exécuter le contrat repris au lieu et place du fondateur. La société peut très bien choisir de ne pas bénéficier des locaux ou encore de ne pas bénéficier du travail du salarié à compter du jour

¹ J. DELGE, *Le droit des sociétés*, Dalloz, 1998, p. 148 s. avec des schémas synthétiques, des exemples et des recommandations pratiques en annexe.

² R. BESNARD GOUDET, « Constitution des sociétés », JCL fasc. 27-10, avr. 2004, n°92.

³ Com. 24 mars 1998, n°96-11366, inédit. Dans le même sens pour un contrat de crédit-bail, com. 12 juill. 2004, n°01-16801, P.

⁴ P. et P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, traité Economica 2011, n°497 s. Les auteurs font remarquer que les dirigeants attendent parfois le dernier instant avant la faillite pour immatriculer la société en vue de se faire décharger des actes accomplis. La fraude pourrait être invoquée en pareille hypothèse : M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2013, n°261.

de son immatriculation. Alors les contrats se trouveraient de facto rompus, mais seul le fondateur serait tenu des dommages et intérêts ou du montant de la clause pénale stipulée due en vertu du contrat en cours au jour de l'immatriculation de la société et non continué par elle.

Quatrièmement, une telle interprétation évite de porter atteinte au crédit des sociétés en formation, effet pervers auquel conduit l'application trop rigoureuse de la réglementation sur la reprise des engagements sans admettre de nuance lorsque les contrats non repris sont malgré tout continués par la société après son immatriculation.

906. Par ce biais, le principe de corrélation des produits et des charges se trouve respecté. Il est d'ailleurs possible de remarquer que la loi s'assure qu'il en aille également ainsi en matière d'intérim. Alors que le salarié n'est pas directement lié à la société pour laquelle il travaille matériellement puisqu'il est embauché par la société d'intérim, la loi lui octroie une action directe contre la société ayant directement bénéficié de sa prestation, contre son « employeur matériel » et non plus seulement « *intellectuel* ». Le vecteur légal utilisé n'est pas identique. La loi crée ici une obligation nouvelle liant deux personnes qui ne l'étaient pas. Le résultat en économie et en opportunité est cependant similaire.

Un lien de droit nouveau ne serait cependant pas possible dans les hypothèses que nous avons entendu traiter, car l'application de l'enrichissement sans cause se heurterait à la condition de subsidiarité. En effet, il ne ferait aucun doute que l'application de la condition de subsidiarité permettrait ici de contourner le régime de la reprise des engagements en cours, ce qui fait que l'action de in rem verso ne serait sans doute pas recevable. Cet obstacle n'existe pas dans l'interprétation de la situation de fait en une cession de contrat emportant transfert des dettes juridiques de prix d'une exécution future à hauteur de ce qui n'était pas encore économiquement né, économiquement consolidé.

Conclusion de section, la corrélation entre les produits et les charges en droit commun :

907. Il a déjà été relevé que les concepts de **produits** et de **charges** n'étaient pas seulement utilisés en droits comptable et fiscal, mais également en droit commun, à tout le moins dans des domaines moins spéciaux que sont par exemple le droit des biens et le droit patrimonial de la famille. Or, c'est la créance économique qui incarne les produits et les charges en droit et non pas la créance juridique. Il n'est dès lors pas surprenant que la fonction de la créance économique, le principe de corrélation entre les produits et les charges, se retrouve également en dehors des droits comptable et fiscal.

Empiétant inévitablement sur le domaine d'application de la créance économique, son utilisation en droit commun ne peut qu'être constatée. **L'arrêt Authier** en droit des régimes matrimoniaux en représente par exemple une manifestation flagrante. Les textes ne prévoient pas le sort de la charge des biens propres, mais la jurisprudence décide qu'il s'agit de charges communes au motif que la communauté bénéficie de la jouissance de ces biens propres. C'est que les charges vont là où sont les produits.

908. Il n'est pas que l'application qui peut être constatée, le **fondement** du principe de corrélation des produits et des charges appliqué de façon générale en droit peut être trouvé dans l'**adage du droit canon** « *ubi emolumentum ibi onus* », la charge va là où se trouve le produit. Il constitue une déclinaison particulière de l'adage du droit romain selon lequel nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui. Mais il ne s'identifie pas à lui. Spécialement, la fonction de corrélation entre les produits et les charges ne doit pas être confondue avec l'institution de l'enrichissement sans cause elle aussi déclinée de l'adage précité du droit romain. La créance économique, incorporée à la créance juridique, nécessite l'existence de cette dernière, tandis que cette existence exclut l'application de l'enrichissement sans cause en vertu de sa condition de subsidiarité¹.

Mais ce fondement légal est trop vaste pour être directement opérant. Il permet d'inspirer et de fonder de façon médiate des règles de droit techniquement plus précises qui seront immédiatement opérantes. Celles-ci peuvent émaner de la jurisprudence comme le montre l'exemple précité de l'arrêt Authier. Deux vecteurs **légaux techniquement opérants et au spectre d'application large** peuvent servir de fondement légal immédiat au principe de corrélation entre les produits et les charges. Il s'agit d'une part en matière de répétition de l'indu du recours du solvens contre le véritable débiteur de la dette, d'autre part du recours du codébiteur non intéressé à la dette contre celui sur qui doit reposer la charge de la dette de la dette, recours prévu par l'article 1251 3° du Code civil.

Conclusion de chapitre, la fonction de corrélation entre les produits et les charges :

909. Aristote enseignait dans la Grèce antique que l'équité entendue comme « *le juste, ... le légal, l'équitable..., vient corriger le caractère absolu de la loi* », qu'elle constitue « *un correctif de la loi* »². L'assise légale du principe de corrélation entre les produits et les charges trouve son origine dans un principe **d'équité objective** insufflée d'un esprit de **justice commutative**. Mais il convient de remarquer que le principe sera moins utile lorsque la corrélation existe déjà que lorsqu'elle n'est pas respectée. Dans cette dernière hypothèse, la fonction de la créance économique devra être mise en mouvement pour permettre la remise en corrélation des charges avec les produits.

C'est à double titre qu'il s'agit ici de la fonction de la créance économique. En premier lieu, parce que les **produits** et les **charges** ne sont pas les créances et les dettes au sens classique du terme, ils se matérialisent à travers la créance économique. L'objet du principe de corrélation réside donc dans la créance économique, sous son aspect passif, la charge, ou sous son aspect actif, le produit. En second lieu parce que la **mécanique** de la corrélation nécessite l'utilisation d'un élément fédérateur fiable et certain. Celui-ci ne peut résider dans la rencontre des volontés, date de naissance de la créance juridique. Il doit résider dans la matérialité, dans l'exécution de la prestation caractéristique qui n'est autre que la date de naissance de la créance économique. C'est là l'apport générique de l'analyse

¹ Cf. supra n°707 et s.

² ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*, Livre V, La vertu de justice. Voir également chapitre 14, l'équité et l'équitable : « *Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité* ». Cependant, Aristote, n'adopte pas l'idée d'une équité objective qui serait fondée sur la réciprocité. L'idée de juste et d'équitable se fonde chez lui davantage sur une justice distributive. Aristote rejette même explicitement la réciprocité qui relèverait de la doctrine des « Pythagoriciens ». Il ne peut donc être fait référence à Aristote pour le type d'équité que nous envisageons ici, une équité plus minimaliste, une équité objectivée sous forme de réciprocité.

comptable. Seule l'exécution matérielle permet un découpage temporel fédéré sur un élément suffisamment objectif, externalisé et sécurisant, car fiable.

910. L'acception économique de la créance, ou créance économique a donc pour fonction de veiller au maintien de la corrélation des produits et des charges et de corriger à cette fin l'application normale des règles de droit, en particulier l'application ordinaire du concept de créance juridique, le seul véritable droit subjectif personnel.

La mise en œuvre de sa fonction se fonde de façon médiate sur l'adage du droit canon « ubi emolumentum ibi onus », la charge va là où se trouve le produit. Il peut être fondé de façon immédiate et techniquement opérante sur les règles de la répétition de l'indu applicable en matière de recours du solvens contre le véritable débiteur et surtout sur le recours subrogatoire du codébiteur non intéressé à la dette localisé à l'article 1251 3° du Code civil. Ces vecteurs légaux permettent en effet une mise en œuvre relativement large du principe de corrélation des produits et des charges en faisant supporter le poids financier d'une dette à la personne qui a bénéficié du produit corrélatif.

À cet égard, **la créance économique et sa fonction de corrélation entre les produits et les charges ont un rôle certain à jouer dans le cadre de la théorie générale des recours récursaires subrogatoires.** Elles n'expliquent pas tous les recours subrogatoires, mais constituent la base d'un certain nombre d'entre eux. C'est là en vérité à la fois un fondement textuel potentiel, l'article 1251 3° du Code civil, et un pan du domaine d'application de la créance économique qui incarne l'une de ses virtualités en droit, les recours subrogatoires. Tout recours récursaire personnel est à exclure en matière de créance économique, car ce concept est incorporé à la créance juridique et se distingue fondamentalement d'un cas d'enrichissement sans cause ou de toute autre source autonome d'un nouveau droit subjectif personnel.

911. Recadrant avec la problématique de cohérence du droit en matière de date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, la fonction de corrélation entre les produits et les charges mise en œuvre **dans le cadre d'un tel contrat permet de façon plus concrète et plus précise de s'assurer, en l'absence d'intention libérale, que la personne ayant bénéficié du produit de l'exécution de la prestation prévue au contrat supporte la charge financière du prix corrélatif.**

Il est un domaine où ce schéma se trouvera systématiquement présent par définition et où la fonction de corrélation des produits et des charges fait donc corps avec le mécanisme de l'institution, c'est la cession de contrat. **La cession de contrat** est aux croisées de la fonction et du domaine d'application de la créance économique. Elle **représente un schème fonctionnel de la créance économique.** Cela justifie son examen dans le cadre de la fonction et non pas dans le cadre du domaine de la créance économique.

Chapitre 2 : Le schème fonctionnel de la cession de contrat

912. La cession de contrat est à la croisée des chemins. Elle fut déjà abordée dans la première partie, car l'institution est classiquement expliquée par la naissance successive des créances¹. Elle aurait pu figurer parmi les domaines d'application de la créance économique, car c'est en réalité sur la naissance successive de la créance économique qu'elle repose et non pas de la créance juridique. Mais elle peut être rattachée à la fonction de la créance économique, car elle représente l'exemple type où la créance économique sera mise en œuvre. En effet, comme il sera vu, toute cession de contrat implique par nature la mise en œuvre du concept de créance économique. Cela apparaît clairement au regard de l'utilité de la fonction de la créance économique dans le cadre de la cession de contrat : elle permet que la charge du prix aille là où se trouve le profit de l'exécution de la prestation. La créance économique et sa fonction permettent d'assurer que la charge du prix soit ventilée entre le cessionnaire et le cédant en fonction de l'exécution des prestations dont chacun a bénéficié, en fonction de la naissance de la créance économique. Encore faut-il expliquer les mécanismes mis en œuvre dans ce cadre.

Il est apparu préférable de choisir la voie du milieu et de placer l'institution dans le cadre de la fonction. Ceci se justifie d'autant plus qu'elle nous semble être un jalon permettant de transiter confortablement de la fonction vers une délimitation plus ample et plus systématique du domaine restant à découvrir de la créance économique.

L'institution de la cession de contrat étant unitaire et particulièrement controversée sur de nombreux points, il apparaissait nécessaire de ne pas la disloquer pour préserver la clarté de l'exposé. Pour cette raison, elle n'avait été abordée que de façon succincte dans le cadre de la réfutation des thèses contemporaines d'une naissance successive de la créance, dans la juste mesure du nécessaire. Pour cette raison encore, nous ne l'aborderons pas à nouveau dans le cadre du prochain titre consacré au domaine, car cela ne semble pas nécessaire et serait redondant. Le caractère unitaire de l'institution implique, pour la clarté, que soient évoqués, bien que nous soyons dans le cadre de la fonction de la créance économique, les arguments qui confortent définitivement la réfutation des thèses contemporaines ainsi que le lien avec l'identification du domaine de la créance économique. Ces points ne peuvent en effet apparaître dans leur véritable amplitude que dans le cadre d'un exposé complet de la mécanique de la cession de contrat.

913. Une jurisprudence ancienne analysait la cession de contrat en une cession conjonctive de créances et de dettes. Ainsi, un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 14 décembre 1982 approuvait implicitement les juges du fond d'avoir souverainement constaté que le cédant « *avait cédé (...) l'ensemble de ses droits et obligations nés du contrat* »². Ce n'était pas le contrat qui était cédé, mais les droits et obligations nés du contrat. Depuis, la doctrine a fait œuvre créatrice et a mis en exergue le caractère autonome de la cession de contrat, si bien que l'aspect translatif des créances et des dettes qui en étaient issues semble s'être trouvé occulté. Pourtant, ce n'est pas parce que la cession de contrat existe de façon autonome de la cession des éléments qui la composent

¹ Cf. supra n°229 et s.

² Civ. 1, 14 déc. 1982, n°81-15455, P.

qu'elle n'implique pas mécaniquement le transfert de ces derniers et donc leur cession à eux aussi. Certes, la cession de contrat présente autonomie et singularité, car le cessionnaire ne se trouve pas seulement débiteur et créancier des obligations principales qu'avait générées le contrat, il s'est opéré un véritable transfert de position contractuel. Cependant, cela n'implique pas pour autant que cette cession de contrat n'inclue pas la cession des créances et des dettes qui avaient été générées par celui-ci. Cet aspect occulté doit à nouveau être évoqué, car c'est son occultation qui a pu brouiller la date de naissance des créances en facilitant la survenance de l'illusion d'une naissance successive de la créance de prix de la prestation prévue au contrat dans le cadre de sa cession.

914. Comme il a été exposé, la créance économique a pour fonction de corriger l'application normale du concept de créance juridique. Après l'application au premier plan du concept de créance juridique, l'acception économique de la créance permet de s'assurer du respect de la corrélation entre les charges et les produits. Dans le cadre de la cession de contrat, la créance de prestation caractéristique et la dette de prix se retrouvent cédées avec le contrat. Ce n'est qu'ensuite qu'intervient l'acception économique de la créance pour s'assurer de la mesure de cette cession. L'acception économique de la créance vient donc réguler au second plan le mécanisme de la cession de contrat.

915. La matière se complexifie par un certain nombre de controverses qui entourent la cession de contrat et qui portent sur son existence même, ses conditions et ses effets. Ces controverses ne sont pas sans lien avec la problématique de la date de naissance de la créance.

Elles devront naturellement être abordées à l'occasion du présupposé qui commande l'interprétation faite ici de la cession de contrat, une cession incorporant un transfert des créances et des dettes principales prévues au contrat (section 1). Ce n'est qu'une fois la prénaissance et le transfert de ces créances et dettes juridiques principales établi que pourra être exposé le rôle de l'acception économique de la créance comme outil de mesure de la quotité des créances juridiques cédées (section 2).

Section 1 : La cession de contrat incluant une cession de créances et de dettes

916. L'impossibilité de céder des dettes constitue un enseignement classique. Comme il sera vu, des évolutions modernes tendraient à remettre en cause ce principe issu du droit romain. La cession de contrat ne semble pas mieux lotie. Elle fait l'objet d'une ancienne controverse quant à son existence même, quant à la possibilité de procéder à une cession conventionnelle de contrat. La doctrine ne semble pas parvenir au consensus, si bien que seule l'adoption d'un texte la consacrant pourrait mettre fin au débat.

Ce sont là deux obstacles qu'il convient de franchir à titre préliminaire. En effet, comme il a été soulevé en première partie, c'est uniquement pour contourner la difficulté du principe d'incessibilité des dettes que la naissance successive des créances se retrouve affirmée sur le terrain de la cession de contrat.

Il ne saurait cependant en aucun cas être question de contester l'évolution doctrinale ayant consisté à démontrer l'unité et la singularité de l'opération de cession de contrat. Celle-ci constitue un transfert de position contractuelle à l'ampleur et aux effets plus importants qu'une simple cession des créances et dette réciproques¹. Malgré tout, cette opération qu'est la cession de contrat porte en son sein une double cession des créances et dettes principales réciproques prévues au contrat synallagmatique en cours cédé.

Est d'ailleurs en ce sens le **projet de réforme du régime général des obligations** rédigé sous la direction de François Terré. Ce projet propose de consacrer la cession de dettes en ses articles 141 à 145 ainsi que la cession de contrat à son article 146. Présentant cette partie du projet, Lionel Andreu ne manque pas de faire remarquer que « *toutes les codifications savantes et de nombreuses législations étrangères* »² consacrent déjà ces deux opérations. Dès lors, la controverse quant à l'existence de ces opérations devrait être tranchée dans le sens de l'existence pour se porter sur l'unique terrain de leur régime et notamment des modalités.

917. Si la cession de contrat peut être opérée dans deux sens, c'est principalement le transfert du droit à la prestation caractéristique qui est recherché. La cession de contrat par le transfert de la dette de prestation caractéristique n'est généralement qu'une opération incidente d'une autre plus vaste. Ainsi, la cession du bail par le preneur vise principalement le transfert de la créance de jouissance du lieu loué, mais la cession du bail par le bailleur se fait accessoirement au transfert de l'immeuble. Ces deux modes de cessions ne seront pas ignorés. La cession de contrat par le transfert du droit à la prestation caractéristique sera cependant celle envisagée à titre principal. L'autre schéma ne sera abordé que de façon indirecte.

L'analyse de la cession de contrat en une double cession de la créance et de la dette principales prévues au contrat se prête à scinder l'exposé. Parce que la cession de contrat synallagmatique en cours emporte le transfert de la créance de prestation caractéristique (§1), elle implique également celui de la dette de prix corrélative (§2).

§ 1 : La cession de la créance de prestation caractéristique

918. D'après Grégory Audebrand³, le contrat ne serait pas cessible et les cessions légales de contrats ne seraient que des fictions juridiques. Toutefois, concernant les cessions légales de contrats, il est possible d'observer que celles-ci sont trop nombreuses et variées pour constituer une fiction juridique⁴ qui implique que le phénomène qu'elle explique soit particulièrement marginal. Cette

¹ P. MALAURIE, *La cession de contrat*, Cours de Doctorat Paris II 1975-1976, Les cours de droit, Paris, 1976, p. 227.

² Projet TERRÉ, Dalloz 2013, p. 128 s.

³ G. AUDEBRAND, *De l'incessibilité du contrat*, th. 2002, spéc. n°90 et s.

⁴ J. GHESTIN, en exposait déjà plus d'une douzaine en 2001 dans son traité sur *les effets du contrat* (LGDJ, n°1069 s.). Et l'exposé ne se voulait pas exhaustif. Pouvait être ajouté par exemple ajouter le contrat d'agent commercial dont la patrimonialité, reconnue de longue date, implique de facto la cessibilité (J.-M. LÉLOUP, « Agent commercial », *Rép. Dalloz commercial*, n°92). L'art. L. 134-13 al. 3 du Code de commerce fait mention explicite de cette cession à l'occasion de l'indemnisation de l'agent commercial pour la perte de son contrat. Certes, le mandant peut s'opposer sur justification à la cession, mais il doit indemniser l'agent de la perte de la valeur que représente le contrat, ce qui correspond économiquement à une sorte de droit de préemption du mandant.

remarque constitue déjà un début de prise de position quant à l'existence de la cession conventionnelle de contrat. En effet, le refus d'admettre la cession conventionnelle de contrat principalement sur le présupposé d'une incessibilité des dettes. Or ce présupposé est d'ordre ontologique et non pas technique. Cela implique qu'aucun transfert de dette ne devrait pouvoir exister quand bien même la loi le consacrerait. Dès lors, constater l'existence de cessions légales de contrat et réfuter leur qualification de fiction juridique revient à rendre concevable la cession conventionnelle de contrat et écarte de facto l'argument théorique majeur qui faisait obstacle à sa reconnaissance. À cela s'ajoute que nombre de dispositions, sans prévoir une véritable cession légale forcée de contrat, aménagent explicitement la faculté pour les parties d'opérer une cession de contrat. C'est là une reconnaissance légale de l'existence de la cession conventionnelle de contrat. Pour ces raisons sans doute, Muriel Fabre Magnan balaye à juste titre d'un trait de plume la controverse quant à l'existence de la cession de contrat sans distinguer entre les cessions légales et conventionnelles. D'après l'auteur, la cession de contrat existe, il s'agit là d'un fait qui ne saurait être contesté.

C'est ainsi sans surprise qu'il sera observé l'existence d'une véritable consécration de la cession de contrat. Une précision de domaine s'imposera ensuite (A). Celui-ci n'a pas de raison d'être limité aux contrats à exécution successive dans la mesure où la cession de contrat s'incarne dans le transfert du droit à l'exécution de la prestation caractéristique, elle concerne nécessairement tout contrat dont la prestation caractéristique n'est pas encore achevée, ce qui n'est pas sans lien avec le domaine d'utilisation de la créance économique (B).

A. La véritable cession de contrat consacrée

919. L'existence d'une véritable cession conventionnelle de contrat, emportant translation du rapport contractuel, se trouve consacrée par la chambre commerciale de la Cour de cassation (1). Une fois acquise cette conviction, il devient très facile de lever les doutes qui pourraient encore subsister quant à son existence (2).

1/ La consécration en droit positif de la cession conventionnelle de contrat

920. D'une part, la loi consacre implicitement la valeur patrimoniale et la cessibilité de certains contrats, ce qui en fait de facto des biens cessibles (a). D'autre part, la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation consacre implicitement l'existence d'une véritable cession conventionnelle de contrat (b).

a) *La consécration légale de la nature d'un bien cessible du contrat*

921. Deux exemples peuvent être donnés où il est particulièrement marquant que les contrats prennent la forme de biens transmissibles incarnés par leur prestation caractéristique, celui du bail commercial et celui du contrat d'agent commercial.

Le bail commercial constitue un bien qui se transmet avec le fonds de commerce auquel il bénéficie. Il fait partie intégrante du fonds de commerce. C'est la raison pour laquelle le droit comptable le considère comme un actif, comme un bien, plus précisément comme une immobilisation incorporelle enregistrée dans les comptes d'immobilisation de classe 2, le compte 206 droit au bail. Il est vrai que les textes garantissent cette cession, si bien qu'elle peut être vue comme une cession légale, ce qui ne change d'après nous pas grand-chose à l'illustration d'après laquelle le contrat est un bien, particulièrement prégnante pour ce contrat. Ainsi, l'art. L. 145-16 du Code de commerce interdit au bailleur d'empêcher la cession du bail commercial avec le fonds de commerce. Mais le droit au renouvellement met aussi l'accent sur la valeur du bail commercial puisqu'en cas de refus de renouvellement le bailleur doit verser une indemnité d'éviction égale à la valeur du fonds. La jurisprudence rappelle que la cession n'emporte pas novation, c'est le même contrat qui se poursuit¹.

Des indices montrent que la valeur du contrat de bail se cristallise dans sa prestation caractéristique. Si la jurisprudence exige l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil applicable en matière de cession de créances², c'est bien qu'elle considère que la cession du bail commercial entre preneurs successifs n'est autre que la cession de la créance de jouissance des locaux entre les parties. Des auteurs analysent précisément l'opération en ce sens³. Enfin, pour montrer que la cession du bail n'est pas autre chose que la cession du droit de jouir des locaux, peut être relevé un arrêt du 17 février 2010⁴ où le contrat de bail avait été cédé après la délivrance du congé par le bailleur, après la fin théorique du bail. S'est trouvé cassé l'arrêt d'appel qui avait refusé de condamner le bailleur à verser l'indemnité d'éviction au cessionnaire du bail, car la loi autorise le preneur à continuer de disposer des lieux tant que le bailleur ne s'est pas acquitté de l'indemnité d'éviction, si bien que, si le bail était théoriquement éteint, le droit à la jouissance des lieux qui l'incarne n'avait pas encore disparu, il pouvait donc encore y avoir cession malgré la délivrance antérieure du congé.

922. Le contrat d'agent commercial présente des caractéristiques similaires quant à sa patrimonialité, quant à son caractère de bien. Cette patrimonialité est reconnue depuis longtemps⁵ et se trouve récemment consacrée par les textes. Les usages en la matière, repris par la jurisprudence, fixent même cette valeur à deux années de commissions⁶. C'est cette valeur que devra payer le mandant s'il entend s'opposer à la cession du contrat d'agent commercial par son mandataire⁷,

¹ Civ. 3, 18 févr. 2009, n°07-21879, P-B, ainsi, en cas de cession de l'immeuble à un office d'HLM, l'office ne peut appliquer aux contrats en cours les règles inhérentes à son statut particulier, notamment en matière de délivrance des congés.

² Com. 10 mai 1989, n°87-17504, inédit, cassation pour violation de l'article 1690 du Code civil.

³ S. DUPLAN-MIELLET et M.-L. SAINTURAT, « Cession du droit au bail », *Rép. Dalloz* 2006, spéc n°340.09.

⁴ Civ. 3, 17 févr. 2010, n°08-19357, P, cassation au visa des art. L. 145-14, L. 145-28, et L. 145-16 du Code de commerce, 1108 et 1134 du Code civil.

⁵ J.-M. LELOUP, *Agents commerciaux*, Delmas 2005. L'usage particulièrement ancien avait fait l'objet en 1946 d'une tentative de consécration par arrêté du 5 novembre 1946 annulé ensuite pour excès de pouvoir (CE 30 avr. 1948, D. 1948, 410).

⁶ Com. 15 juill. 1969, D. 70 somm. 49 : « un usage constant et non dénié fixant ce prix par référence aux deux tiers des commissions des trois dernières années ».

⁷ Favorisant la cession, la jurisprudence exige que le refus soit motivé : com. 12 juin 1967, *JCP G* 1968, 15389.

comme en dispose a contrario l'article L. 134-13-3° du Code de commerce inspiré de l'article 18-c de la Directive 86/653 du 18 décembre 1986.

b) Consécration jurisprudentielle de la véritable cession conventionnelle de contrat

923. C'est un arrêt du 6 mai 1997 de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui est généralement cité comme arrêt de principe pour l'exigence du consentement du cocontractant cédé pour lui opposer la cession¹. Mais cet arrêt, s'il exige le consentement du cocontractant cédé, n'en consacre pas moins implicitement la possibilité d'une cession conventionnelle de contrat. L'opération prend certes l'aspect d'une convention tripartite puisque le consentement du cocontractant cédé semble exigé à titre de validité.

924. Peut également être cité un arrêt du 24 juin 1997 de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui concernait la cession d'un contrat d'alarme dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce. L'arrêt est cassé au visa des articles 1134 et 1165 du Code civil pour avoir admis la cession et condamné le cessionnaire à payer les redevances convenues au prestataire de surveillance, pour ne pas « avoir constaté un accord de volonté (...) pour la continuation (...) du contrat »² entre le prestataire et le cessionnaire du fonds. A contrario, c'est donc bien le même contrat qui se trouve poursuivi si le consentement est fourni, il n'y a pas novation, la véritable cession de contrat existe donc.

925. Enfin, dans un arrêt du 7 janvier 1992 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, un prestataire de services informatiques, faisant de la location et de la maintenance, avait cédé ses contrats clients à un autre prestataire. Le client arguait qu'il y avait eu novation et transformation du contrat de maintenance à durée déterminée en contrat à durée indéterminée résiliable à tout moment pour échapper au paiement de la clause pénale dissuasive de 90% des termes à échoir. Son pourvoi est rejeté, car le client « avait manifesté de façon non équivoque sa volonté d'accepter la cession du contrat litigieux »³, notamment par des appels au service de maintenance et le paiement de factures depuis la cession, autrement dit par l'exécution sans réserve du contrat cédé après la cession. Outre que cet arrêt montre que le **consentement** du cocontractant cédé peut être implicite et résulter par exemple de l'exécution postérieure du contrat sans réserve, pourvu qu'il soit **univoque**, la problématique juridique et son issue montrent bien que c'est le même contrat qui se poursuit, qu'il n'y a pas novation, mais bien cession du contrat.

¹ Com. 6 mai 1997, n°94-16335, P.

² Com. 24 juin 1997, n°94-16929, inédit.

³ Com. 7 janv. 1992, n°90-14831, P. Dans le même sens, mais a contrario, CA Bourges 21 nov. 2000, JurisData 2000-133547, où le prestataire avait cédé ses contrats de maintenance de ses clients, où la Cour d'appel rappelle sur le fondement de l'art. 1122 du Code civil que, pour que la cession soit opposable au client cédé il faut le consentement de celui-ci, à défaut de quoi le client cédé ne peut être condamné à payer les factures émises par le prestataire cessionnaire, mais où le client, loin de consentir implicitement, s'était explicitement opposé à la cession rendant alors sans effet la demande ponctuelle postérieure au refus de réparation d'une imprimante. C'est qu'en matière de présomption du fait de l'homme servant à prouver un consentement implicite mais univoque, une prestation ponctuelle ne peut palier l'opposition explicite du client au moment de la cession.

L'existence de la cession conventionnelle de contrat en droit positif ne semble donc pas pouvoir être contestable, quand bien même elle nécessiterait l'accord du cocontractant cédé. Il sera donc aisé de lever les doutes qui pourraient subsister.

2/ L'éviction des doutes quant à l'existence de la cession conventionnelle de contrat

926. La réfutation de l'existence d'une cession de contrat par analogie avec la cession de créances n'apparaît pas significative (a), tandis que la jurisprudence de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation qui semble qualifier de délégation une cession de contrat peut revêtir une autre interprétation (b).

a) Le rejet d'une analogie excessive avec une cession de créances

927. La controverse sur l'existence d'une véritable cession de contrat se cristallise sur l'exigence presque unanime de l'accord du cocontractant cédé¹. Pour certains auteurs, comme Anne-Sophie Barthez, cette exigence ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance d'une véritable cession de contrat². Elle constitue toutefois un tel obstacle pour d'autres auteurs comme Messieurs Ghestin, Billiau et Loiseau dans leur traité sur le régime des créances et des dettes³. Pour ces auteurs, l'exigence d'un accord du cocontractant cédé serait la preuve de l'inexistence d'une véritable cession de contrat. Elle impliquerait nécessairement la création d'un nouveau contrat entre les parties et ne permettrait pas le transfert du contrat déjà existant.

Cette argumentation repose sur une analogie excessive avec la cession de créances qui n'exige pas l'accord du débiteur cédé. Pour cette raison elle ne convainc pas. D'une part, ce n'est pas parce que la terminologie utilisée est similaire qu'il faut nécessairement qu'il y ait identité de régime, notamment quant aux conditions de formation. Ce n'est pas parce que le consentement du créancier cédé n'est pas exigé dans la cession de créances que cela doit impliquer nécessairement que la cession de contrat ne puisse être admise si le consentement du cocontractant cédé est exigé quant à lui. La similitude terminologique n'implique pas l'identité des opérations. Au demeurant, nous avons vu que certains contrats étaient légalement consacrés en tant que biens cessibles, ce qui contredit directement l'argument selon lequel le contrat ne serait pas un bien cessible.

b) Le rejet d'une qualification en délégation

928. Marc Billiau s'appuie sur un arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 12 décembre 2001 pour contester l'existence d'une véritable cession de contrat. Dans cette affaire, le client d'une prestation

¹ Dans sa thèse sur le sujet, Lanrent AYNES considère que la cession s'opère avec la seule notification du cocontractant cédé dès lors qu'il ne s'y oppose pas, c'est donc l'absence d'opposition qui vaut consentement à la cession pour l'auteur (th. op. cit.).

² A.-S. BARTHEZ, *JCP G* 209 ch. p. 45, obs. civ. 30 avr. 2009 n°08-11093.

³ Op. cit.

d'architecte s'était substitué une autre personne, une SCI, en vertu d'une clause de substitution, analogue à une cession de contrat, car emportant un changement de partie dans le rapport contractuel. Impayé auprès du cessionnaire substitué, l'architecte s'était vu débouté son action contre le cédant substituant originaire. L'arrêt est cassé au visa de l'article 1275 du Code civil, car, énonce la Cour, *« la seule acceptation par le créancier de la substitution d'un nouveau débiteur au premier, même si elle n'est assortie d'aucune réserve, n'implique pas, en l'absence de déclaration expresse, qu'il ait entendu décharger le débiteur originaire de sa dette »*¹.

Commentant les arrêts, chacun prêche pour ses convictions, mais tous semblent s'accorder sur le rejet d'une véritable cession de contrat, en particulier à cause du visa, l'art. 1275 du Code civil, la délégation de créance. L'institution est en effet incompatible avec l'idée de transfert puisqu'elle engendre la création d'un lien de droit nouveau en principe indépendant des rapports fondamentaux pouvant préexister. Marc Billiau estime donc l'arrêt globalement satisfaisant, tandis que Christian Larroumet considère qu'il s'agit là d'une « *hérésie* ».

929. Mais l'arrêt peut recevoir deux interprétations au moins qui le rendent compatible avec l'existence d'une véritable cession de contrat. Pour cette raison, eu égard à la consécration suffisamment explicite de la chambre commerciale de la Cour de cassation quant à l'existence de cette opération, il apparaît que ces interprétations conciliatrices doivent s'imposer.

En premier lieu, dans cette affaire, la Cour de cassation ne qualifie pas l'opération de cession de contrat pour lui appliquer le régime de la délégation. Interprétant la volonté des parties, les juges ont considéré que l'opération devait être qualifiée de délégation et non pas de cession de contrat, ce pour quoi c'est le régime de la délégation qui doit s'appliquer.

En second lieu, quand bien même il serait considéré qu'il y a cession de contrat et application du régime de la délégation, cela ne sonnerait pas nécessairement le glas de l'existence d'une véritable cession conventionnelle de contrat. Il pourrait y avoir emprunt seulement partiel de régime à une figure juridique existante pour régir une partie de la cession conventionnelle de contrat qui n'est pour l'instant régie par aucun texte quant à elle. L'emprunt partiel de régime consisterait à exiger la décharge expresse du cocontractant cédé pour que le cédant soit libéré du paiement du prix pour l'avenir. Or, sur ce point le consensus semble presque acquis. Un arrêt du 12 mai 1946 mis en évidence par Marc Billiau pourrait d'ailleurs être interprété dans le sens d'une première étape de l'emprunt de régime par analogie. L'arrêt, rendu au visa de l'art. 1275, n'avait alors servi qu'à exiger l'acceptation du cessionnaire pour rendre la cession du contrat d'exploitation et d'extraction de

¹ Civ. 3, 12 déc. 2001, n°00-15627, P-B, D. 2002 p. 984, M. BILLIAU, La cession conventionnelle de contrat est soumise au régime de la délégation de l'article 1275 du Code civil. Voir également C. LARROUMET, « La descente aux enfers de la cession de contrat », D. 2002, p. 1555,

Voir déjà antérieurement, quasiment à l'identique, où il s'agissait déjà d'une cassation au visa de l'art. 1275 du Code civil, mais où le caractère « *explicite* » de la décharge n'est pas expressément rappelé, civ. 1, 21 mars 2000, n°98-13280, inédit, il s'agissait de la cession par le client de la location d'un photocopieur pour une durée de 5 ans, le cessionnaire se retrouvant en redressement judiciaire, le bailleur oriente ses poursuites vers le cédant, client originaire, l'arrêt de la cour d'appel l'ayant débouté est cassé, « *la seule acceptation (...) de la substitution d'un nouveau débiteur au débiteur originaire n'impliquait pas, même ne l'absence de toute réserve, qu'elle eût entendu décharger le cédant de sa dette.*

minéral opposable à la commune propriétaire du terrain¹. Ce qui était emprunté ici, c'est le caractère tripartite de la cession de contrat, qui exige le consentement du contractant cédé, par analogie avec la délégation tripartite. Ce n'était pas encore l'exigence du caractère explicite et exprès d'une libération du cédant. Cette seconde analogie n'est arrivée que plus tard avec l'arrêt précité de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 12 décembre 2001.

930. Pour ces raisons et malgré les arrêts précités, nous serions donc d'avis que la cession de contrat constitue un contrat sui generis tripartite qui nécessite le consentement univoque, mais qui peut être implicite, du cocontractant cédé. Cette cession implique le transfert d'une position contractuelle incluant les créances et les dettes issues du contrat. Mais le cédant demeure garant du paiement à l'égard du créancier « *comme une sorte de codébiteur solidaire non intéressé à la dette* »².

En réalité et d'après nous, davantage qu'une négation de l'existence d'une véritable cession conventionnelle de contrat, ces arrêts constituent la preuve que le véritable problème de la cession de contrat réside dans la cession de dettes qu'elle incorpore. En effet, à défaut il ne serait pas nécessaire de protéger le cocontractant cédé. C'est sa créance qui se trouve protégée par l'application du régime de la délégation³. Cela implique par conséquent que la cession de contrat incorpore une cession de dettes. En cela, ces arrêts contredisent davantage la thèse matérialiste d'une naissance successive des créances portée par les partisans d'une véritable cession de contrat que l'existence de cette dernière elle-même.

B. La cessibilité de tout contrat à la prestation caractéristique inachevée

931. Il a pu être soutenu que l'institution de la cession de contrat devait se limiter à la cession des contrats à exécution successive à l'exclusion des contrats à exécution instantanée. Mais cette exclusion ne semble pas justifiée (1). Ayant pour objet l'utilité économique du contrat que constitue sa prestation caractéristique, la cession de contrat peut concerner tout contrat dont celle-ci n'est pas achevée au jour de la cession (2).

¹ Déjà Civ. 12 mars 1946, *JCP G* 1946 II 3114, obs. R.C.

² L. ANDREU, *Projet Terré d'une réforme du régime général des obligations*, Dalloz 2013 p. 129. Le projet propose de consacrer la cession du contrat sans l'accord du cocontractant sauf intuitu personae ou incessibilité stipulée, ce qui constitue une importante objectivisation du lien d'obligation car on présume dorénavant que la personne du débiteur est indifférente. Bien entendu cela n'est possible que par une absence de libération du cédant. Malgré tout, cela pose problème pour les obligations de faire, sont-elles toutes intuitu personae et si non quels sont les critères, peut-il y avoir une forme d'analogie avec l'art. 1142 du Code civil ?

³ C'est en effet le transfert de la dette, qui nie au passage la thèse matérialiste d'une naissance successive de la créance juridique, qui pose problème dans la cession de contrat et qui a incité la Cour de cassation à utiliser le dispositif légal de la délégation. L'arrêt précité du 12 mars 1946 est particulièrement éclairant en la matière. Dans cette problématique de l'opposabilité à la commune de la cession d'un contrat d'exploitation de minéral, la Cour amène rapidement la discussion sur la dette de redevance pour en déduire l'application des dispositions de l'art. 1275 du Code civil et l'exigence de l'acceptation de la commune cocontractant cédé : « *Mais attendu... que le contrat initial comporte... l'obligation étroitement liée à son droit d'exploitation, de payer les redevances stipulées; que les dispositions de l'article 1275 du Code civil étaient donc applicables à un apport devant emporter changement de débiteur; Attendu d'autre part qu'à défaut de constatations précises, démonstratives de la volonté contraire des parties contractantes, la personnalité du débiteur d'une obligation ne saurait être présumée indifférente au créancier... que les juges du fond, ... tenant toute acceptation inutile en droit, se sont abstenus de rechercher si... le conseil municipal... avait accepté la substitution d'une société à l'autre...* », cassation pour violation de l'art. 1275.

1/ Le domaine de la cession de contrat non limité aux seuls contrats à exécution successive

932. Dans sa thèse sur la cession de contrat, Laurent Aynès en limite le domaine aux seuls contrats à exécution successive, en excluant tout contrat à exécution instantané, y compris ceux à exécution différée. Alors que l'argumentation théorique de l'auteur réside dans la permanence de la cause, une telle limitation apparaît excessive.

Par exemple, la vente dont l'effet caractéristique ne s'est pas encore produit constitue un contrat en cours au sens du droit des entreprises en difficultés¹. Il apparaît alors difficile de comprendre pourquoi ce contrat ne pourrait pas être cédé, puisqu'il peut être continué et que, du temps ancien de la personnalité morale de la masse, cette continuation s'analysait d'ailleurs en une cession de contrat².

Cette admission s'impose aussi en opportunité quand on pense au vendeur d'un fonds de commerce ayant commandé des marchandises ou des matières premières à un prix particulièrement attractif. Il apparaît souhaitable et normal qu'il puisse en faire bénéficier son acquéreur qui recevra livraison desdites marchandises, et ne devra alors pas payer le prix plus élevé pratiqué au jour de la livraison, mais le prix bien négocié par son auteur, bénéficiant ainsi du contrat de vente souscrit par ce dernier.

933. Marie-Élodie Ancel³ et Anne-Sophie Lucas-Puget⁴ vont d'ailleurs dans ce sens d'une possible cession du contrat de vente en cours. C'est que, pour Mme Lucas-Puget, ce n'est pas la permanence de la cause qui fonde la cession de contrat, mais la permanence de l'obligation, car « *un tiers, en devenant partie à l'acte, peut s'approprier l'utilité d'un contrat si celle-ci est encore en devenir...* ».

2/ La cession de contrat touchant tout contrat à la prestation caractéristique inachevée

934. Le domaine de la cession de contrat ne se limite donc pas aux contrats à exécution successive, mais concerne tout contrat dont la prestation caractéristique n'est pas totalement achevée au jour de la cession du contrat y donnant droit.

Parce qu'il se cristallise dans sa prestation caractéristique qui représente « *le but économique du contrat, son effet principal* »⁵, le contrat prend la forme d'un bien cessible et cette opération s'identifie à la **cession de sa prestation caractéristique**. C'est la raison pour laquelle Jérôme François expose que la cession de la créance de prestation en nature ne peut se faire de façon autonome, indépendamment de sa source, elle est une cession de contrat⁶.

¹ Com. 9 avr. 1991 n°89-18817, P.

² Voir H. CARRIE, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th., 1926.

³ M.-É. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, th. 2002 Economica.

⁴ A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th. LGDJ 2005 n°666. Et l'auteur cite par ailleurs M.-É. ANCEL.

⁵ L. AYNÈS, *La cession de contrat*, th. op. cit., p. 188.

⁶ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Economica 3^e éd., 2013, n°350.

935. À l'égard du concept de **créance économique**, il est remarquable de constater que le domaine de la cession de contrat correspond à toutes les hypothèses où l'acceptation économique de la créance de prix d'une prestation n'est pas encore totalement née. Ceci implique que le domaine de la cession de contrat ne concerne que les hypothèses où il existe un décalage entre les dates de naissance des acceptations juridique et économique de la créance. Or il s'agit là des seules hypothèses où l'acceptation économique de la créance sera véritablement intéressante et utile. Dans les autres cas, si l'acceptation économique existe, son intérêt n'apparaît pas puisque sa date de naissance coïncide avec la créance juridique. Il s'ensuit que le domaine de prédilection quant à l'application de la créance économique correspondra aux contrats en cours dont l'exécution de la prestation caractéristique n'est pas achevée et qui sont par conséquent cessibles. Ces observations laissent déjà pressentir du rôle que jouera l'acceptation économique de la créance et sa fonction de corrélation entre les produits et les charges dans le cadre de la cession de contrat.

Ce rôle ne sera pas sans lien avec la cession de dettes qu'incorpore le contrat. En effet, si la cession de contrat réside dans le transfert du droit à l'exécution future de la prestation caractéristique encore inachevée, elle emporte nécessairement et corrélativement le transfert de la dette de prix y afférente.

§ 2 : La cession de la dette du prix de la prestation caractéristique

936. Il a déjà été relevé que la thèse périodique appliquée dans le cadre de la cession de contrat ne se justifiait que par le principe d'incessibilité des dettes. Elle permettait de la contourner. La dette de prix n'est pas cédée. Elle naît directement sur la tête du cessionnaire qui reçoit l'exécution du contrat après sa cession. Il a déjà été évoqué les indices qui permettaient d'emblée de douter de cette naissance successive de la créance dans le cadre de la cession de contrat. Il n'y a pas lieu d'y revenir. Mais il avait alors été envisagé que la cession de contrat pourrait éventuellement s'expliquer par d'autres chemins qu'une naissance successive de la créance, notamment par celui d'une cession de la dette de prix. Il convient à présent d'entériner cette hypothèse.

Pour ce faire, la cessibilité des dettes sera démontrée dans un premier temps. Cela ôtera tout fondement à la thèse d'une naissance successive des créances soutenue dans le cadre de la cession de contrat (A). Ce n'est qu'une fois ce barrage théorique franchi que la cession de la dette de prix dans le cadre de la cession de contrat pourra s'imposer dans un second temps (B), achevant ainsi d'ancrer cette nouvelle interprétation de la cession de contrat qui avait été amorcée en première partie.

A. La cessibilité des dettes

937. Dans sa thèse sur la cession de contrat prônant une naissance successive de la créance juridique de prix, Laurent Aynès¹ se fonde ainsi sur le principe général d'incessibilité des dettes et sur

¹ L. AYNÈS, *La cession de contrat*, th. op. cit., n°38 s. et 68 s.

l'absence d'analogie de cette opération avec la cession de créances dans la mesure où l'accord du créancier cédé est nécessaire tandis que l'accord du débiteur cédé ne l'est pas en cession de créances. Cette exigence du consentement du créancier cédé implique nécessairement une novation pour l'auteur, l'extinction de l'obligation préexistante et la création d'une obligation nouvelle. Pour ces raisons, la cession de dettes ne serait pas possible, seul un paiement simplifié le serait.

Pourtant, il a lieu de rejeter l'analogie ainsi faite entre cession de dettes et cession de créances (1) et de démontrer l'anachronisme du principe absolu d'incessibilité des dettes (2).

1/ Exclusion d'une analogie poussive avec la cession de créances.

938. Certains auteurs soulèvent que la dette ne serait pas cessible, car elle n'est pas un bien¹. Mais la proximité terminologique des expressions, cession de créances et cession de dettes, n'implique pas pour autant une identité de nature. La dette n'est pas un bien, cela n'empêche pas que la cession de dettes puisse exister. L'expression ne désigne en réalité qu'un changement de débiteur et non pas la cession d'un bien. Pour cette même raison, l'absence d'identité des opérations de cession de dettes et de créances n'est pas un obstacle à l'existence de la cession de dettes.

Nombre d'auteurs opposés aux cessions de dettes arguent que l'opération ne peut exister au motif qu'elle implique l'accord du créancier cédé tandis que l'opération de cession de créances n'exige pas l'accord du débiteur cédé. Cette argumentation fut déjà rencontrée pour faire obstacle à l'existence d'une véritable cession de contrat, ce qui montre que le cœur du problème dans la cession de contrat n'est autre que la cession de dettes. Il y a lieu de reprendre ici des critiques analogues à celles déjà formulées pour le même argument en tant qu'obstacle à la cession de contrat.

La cession de créances et la cession de dettes ne sont pas contraintes d'avoir la même nature et le même régime du fait d'une ressemblance terminologique dans leur désignation. La créance et la dette n'ont d'ailleurs pas le même régime en droit. Emanation de cette différence de nature, la fiction de la personnalité juridique anticipée de *l'infans conceptus* ne supporte que l'acquisition de droits, mais ne permet pas la naissance de dette avant la naissance de l'enfant. Et en matière de répétition de l'indu, si l'obligation s'éteint en cas de paiement de la dette d'autrui, elle subsiste en cas de paiement à autrui, de sorte que le créancier se trouve mieux loti que le débiteur, que la créance et la dette ne sont pas logées à la même enseigne. Il n'y a dès lors aucune raison que les cessions de créances et de dettes aient le même régime puisqu'elles n'ont de toute façon pas la même nature.

939. Il reste cependant à expliquer le régime de la cession de dettes au regard de celui de la cession de contrat qui l'incorpore.

¹ A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des obligations*, Puf, 2006 : « La dette est un non-bien », repris par TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *Les obligations*, op. cit.

Le cas du transfert du bail commercial doit être mis à part eu égard à son statut particulier. En cas de cession du bail commercial, le cédant n'est tenu de la dette de loyers postérieurs transférée qu'en cas de clause de garantie solidaire stipulée au contrat de bail commercial¹. Cette clause est toutefois devenue une clause de style et il fut d'ailleurs proposé au 105^{ème} congrès des notaires de France d'en faire une garantie légale². Ainsi, même lorsqu'il est écarté eu égard à la grande particularité du contrat et à son statut, le régime commun de la cession de contrat qui exige le consentement express du créancier cédé pour libérer le cédant finit malgré tout par réapparaître.

Dans le régime commun de la cession de contrat, le cédant de la dette du contrat, et par conséquent de la dette de prix, reste tenu du paiement du prix après la cession. Il convient donc d'expliquer que le cédant reste tenu du prix après la cession de cette dette. Autrement dit, comment la dette peut-elle aller ailleurs, chez le cessionnaire, tout en restant là où elle était, chez le cédant ? L'argument n'est pas explicite, mais il se cache derrière cette opposition de la doctrine fondée sur l'exigence d'une libération tacite, sur l'absence de libération du fait de la seule cession tripartite *sui generis*.

L'opposition reçoit en réalité la même réponse que précédemment. La dette n'est pas un bien. Elle n'est pas cédée stricto sensu. Il ne s'agit pas d'une vente comme en matière de cession de créances. Le régime et notamment les effets n'ont pas à être identiques. Contrairement à la cession de créances, la cession de dettes emporte substitution de débiteur tout en conservant le débiteur initial comme garant³. Une nouvelle personne peut devenir débitrice. Mais, en raison de la protection de la propriété des créances, on ne peut retirer de cette dernière sa substance initiale, l'accès au gage du débiteur originel. La cession de créances n'est donc possible qu'en conservant l'accès à ce gage initial qui constitue sa substance première, protégée au niveau constitutionnel et conventionnel. C'est pourquoi le projet Terré de réforme du régime général des obligations⁴, mais déjà avant lui les principes Unidroit sur les contrats du commerce international⁵ prévoient les cessions de dette et de contrat, tout en laissant le débiteur initial du prix comme codébiteur solidaire.

940. Finalement, la cession se fait par degrés successifs. Par l'accord tripartite, le cessionnaire entre dans le lien d'obligation. L'obligation devient une obligation à sujets multiples, avec deux codébiteurs solidaires. Il n'y a pas création d'une obligation nouvelle, il n'y a pas délégation. Cela est important du fait de la différence de régime, notamment quant à l'opposabilité des exceptions. Par l'éventuelle libération expresse du créancier, le débiteur initial sort du rapport obligatoire, l'obligation redevient à sujet unique, mais ce n'est pas le même débiteur qu'initialement, il y a eu substitution de débiteur.

¹ Civ. 3, 12 juill. 1988, n°86-15759, P et Civ. 3, 15 janv. 1992, n°90-11289, inédit.

² A.-S. BARTHEZ, *JCP G* 15 déc. 2009, 574, chr. n°26.

³ Cette garantie ne revêt pas la qualification d'un cautionnement car elle prend sa source dans l'opération de cession de contrat et non pas dans un contrat de cautionnement au régime bien particulier. Voir pour un exposé particulièrement clair des régimes envisageables, P. RÉMY, « Cession de bail : portée de la clause selon laquelle le cédant reste garant solidaire des loyers à échoir », *RTD civ.* 1990, 677. Certes, l'étude porte sur l'exception que nous avons laissée de côté, la cession du bail commercial. Mais, comme nous l'avons observé, la clause de garantie solidaire ainsi que la proposition d'en faire une garantie légale, permettent en réalité de revenir au régime de droit commun. L'analyse des effets de cette clause éclaire donc sur le droit commun de la cession de contrat et de la cession de dettes qu'elle incorpore et qui pose seule en réalité problème.

⁴ L. ADREU in *Projet TERRÉ*, p. 129, le débiteur originaire reste « une sorte de codébiteur solidaire non intéressé à la dette ».

⁵ Art. 9.3.5 des principes Unidroit.

2/ Exclusion du principe dépassé d'incessibilité des dettes

941. Affirmé et posé davantage qu'il n'est démontré, le principe d'incessibilité des dettes fait figure d'un **principe dogmatique** dont l'origine et la cause ne sont plus rappelées.

Il y va en réalité d'après nous d'une question d'**ontologie de l'obligation**, de la dette. Chacun sait qu'en droit romain la dette était le débiteur au sens propre et personnel du terme. En cas d'impayé, le créancier pouvait s'emparer de la personne du débiteur et le réduire en esclavage. Or, comme le Code civil s'est très fortement inspiré du droit romain pour ce qui concerne la théorie des obligations, il nous apparaît que c'est cette identité entre la dette et la personne du débiteur qui a survécu à travers les âges par la force de l'habitude. C'est la raison pour laquelle l'interdiction de cession des dettes s'explique classiquement par la considération de la personne du débiteur, par le caractère personnel de l'obligation¹. C'est surtout la raison pour laquelle un changement de débiteur n'est pas envisageable et implique nécessairement, s'il existe, un changement de dette.

Cette vision est aujourd'hui anachronique, elle n'a plus de raison d'être. L'esclavage n'a plus cours aujourd'hui et la dette n'est plus garantie par la personne sur son corps, mais sur ses biens. Ce changement de paradigme rend possible la substitution de débiteur. En effet, s'il était difficile de remplacer une personne par une autre, il est plus facile d'admettre le remplacement d'un ensemble de bien par un autre. Seule la protection de la propriété des créances, de la substance de la créance, qui s'identifie alors au patrimoine du débiteur, gage général de tous ses créanciers, se trouve protégée au plan constitutionnel et conventionnel de telle sorte qu'un changement de débiteur ne puisse s'opérer sans l'accord du propriétaire créancier, à défaut de quoi il faut un motif très impérieux d'intérêt général.

942. Outre ces considérations théoriques qui conduisent à admettre la cession de dettes avec le consentement du créancier cédé, certains constats plus concrets confortent cet état des lieux. Puisqu'il y allait d'une question d'ontologie de la dette, assimilable à la personne du débiteur, le principe ne devrait supporter aucune exception, aucune entrave, aucune faille et relèverait alors du droit naturel. Force est de constater tel n'est absolument pas le cas, ce qui prouve bien de façon plus concrète l'inexistence du principe d'incessibilité des dettes.

943. La matière est certes particulièrement controversée, comme l'observe Claude Ophèle², mais il nous semble que **la jurisprudence admet implicitement l'existence d'une véritable cession de dettes**. L'arrêt de principe de chambre commerciale du 6 mai 1997, qui exige le consentement du créancier cédé pour que la cession puisse s'opérer³, montre a contrario qu'une cession de dettes peut avoir lieu dès lors que le créancier cédé y consent. Nous avons certes vu en matière de cession de contrats que la chambre commerciale de la Cour de cassation était plus encline que les chambres

¹ P. MALINVAUD et D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec 2010, n°9.

² Pour un exposé synthétique des « nuances » de cette controverse : C. OPHELE, « Cession de créances », *Rép. Dalloz*, n°8.

³ Com. 6 mai 1997, *RTD civ.* 1997. 936, obs. J. MESTRE.

civiles à accepter l'idée d'une véritable cession de contrat. Mais un arrêt de 1^{ère} chambre civile du 30 avril 2009 nous semble pouvoir être également cité dans le sens de la faveur quant à la cession de dettes. Dans cette affaire, le fonds de commerce d'une entreprise de construction de maisons avait été cédé avec une clause stipulant la cession de l'intégralité des créances et des dettes générées par l'activité cédée. Suite à l'apparition de malfaçons, d'anciens clients poursuivent le cédant propriétaire du fonds à l'époque de la construction de leur maison, a fortiori à l'époque de la commande de leur maison. L'arrêt d'appel qui les déboute au motif de la clause générale de cession des dettes est cassé au visa de l'art. 1165 du Code civil, car « une telle cession ne pouvait avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti »¹. C'est la relativité du contrat de cession du fonds et des dettes qui lui sont attachées qui se trouve invoquée par la Cour de cassation. Il s'agissait en l'espèce d'une dette de réparation des suites d'un cas de garantie des vices cachés dont la créance était née au jour de la livraison de l'immeuble, antérieure à la cession du fonds de commerce et de cette dette. A contrario, si le client avait consenti à la cession, celle-ci aurait-elle pu lui être opposée. Sans doute la Cour aurait exigé davantage qu'un consentement à la cession, mais plutôt une libération expresse du premier débiteur, par identité de problématique avec la jurisprudence vue en matière de cession de contrat qui invoque l'art. 1275 du Code civil sur la délégation pour exiger une décharge expresse.

944. La loi ne consacre pas expressément la cession de dettes, mais le cas de la **cession judiciaire de contrat** en matière de droit des entreprises en difficulté emporte nécessairement cession de la dette de prix², ce même lorsqu'il s'agit d'un contrat intuitu personae. Et si la cession conventionnelle n'est pas consacrée, il nous semble que les textes récents vont dans le sens d'une admission tout en montrant par ailleurs la frilosité persistante à l'égard de la cession de dettes.

945. Des brèches ont en outre été récemment ouvertes dans le prétendu principe d'incessibilité des dettes. Dans les travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la **fiducie** en droit français par la loi du 19 février 2007, il ne faisait aucun doute que la fiducie pouvait être utilisée comme fiducie-sûreté, mais également comme fiducie-gestion. Or, la transmission d'une activité économique dans un patrimoine fiduciaire implique nécessairement la transmission des dettes y attachées. L'utilisation de la fiducie pour une opération de **défaillance** était aussi clairement envisagée. Or il s'agit là principalement du transfert d'une dette et des biens permettant d'en assurer le service. La fiducie est donc à cet égard le fruit d'une double évolution précédemment évoquée. D'une part, le patrimoine se substitue à la personne dans le rapport d'obligation, de telle sorte que la personne elle-même passe au second plan. Ceci est particulièrement marquant avec le patrimoine fiduciaire. S'émancipant du Patrimoine au sens d'Aubry et Rau, il ne présente plus de lien essentiel insécable avec une personnalité juridique, qu'elle soit physique ou morale. D'autre part, du fait que la fiducie-gestion et

¹ Civ. 1, 30 avr. 2009, n°08-11093, P.

² Com. 13 avr. 1999, n°97-11383, P. La caution reste tenue des échéances postérieures à la cession du prêt judiciairement cédé avec l'entreprise dans le cadre d'un plan de cession car la dette était née pour le tout au jour de la remise des fonds avant la cession de l'entreprise débitrice et de la dette de remboursement du prêt. C'est bien ici une cession de dettes, il n'y a pas novation, il y a transfert. Voir également, réfutant expressément l'hypothèse d'une novation, Com. 12 oct. 1993, n°91-17128, P, où les faits et la solution étaient similaires, mais où la Cour précise que cette cession judiciaire « n'emporte pas extinction de l'obligation préexistante et remplacement de celle-ci par une obligation nouvelle substituée à l'ancienne, aucun effet novatoire n'étant ainsi attaché à l'opération ». Similairement, com 14 févr. 1995, n°93-11030, com. 14 juin 1994, n°92-13101, com. 12 oct. 1993 n°91-17128, P.

l'opération de défaillance sont clairement possibles par le biais de cette nouvelle institution, il en découle la nécessaire acceptation d'une cession de dettes. La nature profonde de la dette, ancrée dans la personne du débiteur résiste cependant à ces changements de paradigmes. Si les travaux parlementaires montrent implique l'existence de telles opérations la lettre finale du texte n'en fait pas mention quant à elle. L'article 2011 du Code civil prévoit le transfert « des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs ». Il ne mentionne pas le transfert de l'obligation ou de la dette. Plus récente, l'EIRL achève l'évolution amorcée et franchit ce pas.

946. Les articles L. 526-6 et suivants du Code de commerce insérés par loi du 15 juin 2010 créent la nouvelle entreprise individuelle à responsabilité limitée. Il y est prévu le transfert au patrimoine affecté des « *biens, droits, obligations ou sûretés* » liés à l'activité économique concernée. Contrairement à l'article 2011 précité du Code civil en matière de fiducie, les obligations sont donc mentionnées à l'article L. 526-6 du Code de commerce en matière d'EIRL. L'art. L. 526-12 prévoit même le transfert au patrimoine affecté de dettes nées avant l'affectation, ce à destination des entrepreneurs exerçant déjà sous forme d'entreprise individuelle et voulant se prémunir pour le futur en exerçant dorénavant sous forme d'EIRL. Cette possibilité a fait l'objet d'une validation par le Conseil constitutionnel¹. Dès lors que les créanciers sont individuellement informés et disposent d'un droit d'opposition contre ce transfert, le droit de créances se trouve suffisamment protégé au regard de la finalité de l'institution créée.

L'observation du **droit comparé** conforte l'idée selon laquelle la cession des dettes doit être possible. Celle-ci est en effet consacrée dans nombre de législations voisines montre que le principe d'incessibilité n'est pas du domaine du droit naturel. Ainsi, l'article 176 du Code fédéral suisse des obligations dispose de la reprise de dette externe², véritable transfert de la dette avec accord du créancier et libération du débiteur. Aux Pays-Bas, les articles 155 et suivants du Code civil disposent que la reprise de dette libère le débiteur initial et maintient en principe les accessoires de la dette. Le Code civil de la Fédération de Russie dispose explicitement du transfert de la dette dans ses articles 391 et 392³. La cession de dettes est également prévue en droit allemand. La jurisprudence belge la consacre⁴. Elle est également admise au Québec, comme l'exposent Messieurs Lluelles et Moore dans leur traité des obligations⁵. Ces exemples ne se veulent pas exhaustifs. La France ne serait-elle pas en retard ?

¹ CC 10 juin 2010 n°2010-607 DC.

² P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 1973, spéc. p. 599 s. Le Code prévoit une reprise purement interne qui ne lie pas le créancier et ne libère pas le débiteur à son art. 175. La véritable cession de dettes, nommée reprise externe par le Code est prévue aux art. 176 à 180, elle lie nécessite le consentement du créancier, le lie et libère le débiteur initial.

³ Le consentement du créancier est exigé, le texte prévoit explicitement l'opposition des exceptions initiales qui constitue la caractéristique d'un authentique transfert de dette, aucune précision n'étant donnée concernant le sort des garanties de la dette.

⁴ Cour de cassation belge, 4 mars 1982, Pas., 1982, I, p. 798, note RCJB 1984, p. 175, note M. FONTAINE, cité par P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, *théorie générale*, 2ème éd. Larcier 2011, n°833 : en l'absence d'une cession parfaite et globale de contrat, il est procédé à un dépeçage du contrat, créance par créance, dette par dette. Ceci montre l'admission d'une possible cession de dettes, au surplus dans ou hors le cadre d'une cession de contrat.

⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Thémis, 2006 n°3210. Les auteurs concèdent à l'existence de véritables cessions de dette et de contrat. Mais ils observent que l'utilité pratique d'une distinction entre un transfert de dette purement interne et une véritable cession de dettes n'est pas évidente, puisque dans tous les cas les sûretés personnelles sont perdues, les auteurs concèdent que les sûretés réelles peuvent demeurer et qu'il n'y a pas identité juridique entre être tenu à titre réelle uniquement par un mode dérivé et directement à titre personnel en sus. Une différence majeure réside dans l'opposabilité des exceptions.

947. La dette est donc cessible. Cette cessibilité sera d'ailleurs peut-être légalement consacrée et orchestrée en droit commun des obligations à l'occasion de la prochaine réforme du Code civil sur régime général de l'obligation. Il apparaît donc particulièrement difficile aujourd'hui d'invoquer un principe d'incessibilité des dettes pour justifier une hypothétique naissance successive de celles-ci dans les contrats à exécution successive.

De toute façon, il ne faisait déjà pas de doute qu'une cession de contrat pouvait entraîner une cession de dettes. Certes, ces dettes n'étaient pas les dettes dont la date de naissance s'avère controversée. Malgré tout ce constat achève d'étioler le principe d'incessibilité des dettes invoqué dans le cadre de la cession de contrat.

B. Les dettes cédées avec le contrat

948. Divers arguments montrent que la dette de prix se trouve cédée avec le contrat (1). S'il est au final facile de mettre en évidence la cession de cette dette de prix, le cas des dettes secondaires nées du contrat est plus complexe (2). Il importe de le traiter, car certaines dettes peuvent effectivement naître directement sur la tête du cessionnaire, mais il ne s'agit pas de la dette principale de prix. Tout ceci permettra de mieux appréhender les situations qui peuvent découler du transfert de position contractuelle qu'implique une cession de contrat. Esquisser un tableau de ces diverses situations s'avère en effet cardinal dans le cadre d'une approche de la mise en œuvre de l'acceptation économique de la créance et de sa fonction correctrice de remise en corrélation des charges et des produits (3).

1/ La cession nécessaire de la dette principale de prix

949. La thèse d'une naissance successive des créances dans le cadre de la cession de contrat soutient que la dette de prix n'est pas transmise au cessionnaire, qu'elle naît directement sur sa tête par l'effet de l'exécution de la prestation à son profit après la cession. Outre que cette affirmation repose en réalité sur le prétendu principe d'incessibilité des dettes déjà écarté, plusieurs éléments montrent que la dette de prix préexiste nécessairement à la cession de contrat et qu'elle est transmise au cessionnaire qui en est redevable non pas en tant que débiteur originel, mais en tant que cessionnaire de la dette de prix. C'est en premier lieu une réflexion déjà amorcée en première partie à l'égard de la créance de prestation caractéristique qui le montre au plan théorique (a). C'est en second lieu la protection de la dette de prix cédé, qui rend si difficile l'admission de sa cession et celle du contrat, qui prouve finalement que le contrat emporte cession de la dette de prix, que celle-ci ne naît pas après le transfert, mais qu'elle est transmise avec le contrat, sinon elle ne serait pas protégée (b).

a) Une transmission consubstantielle du transfert de la créance de prestation caractéristique

950. La thèse d'une naissance successive des créances dans le cadre de la cession de contrat omet adroitement la créance de prestation caractéristique. Comment la prestation caractéristique peut-elle être exécutée si la créance de prestation, le droit à l'exécution de la prestation, n'est pas transmis avec le contrat ? Or, s'il y a transmission de la créance de prestation, si le cessionnaire bénéficie de la prestation en vertu du droit à son exécution qui lui a été transmis, alors il apparaît difficile de ne pas admettre que le prix en a été corrélativement cédé.

951. Les obligations principales constituent l'essence du contrat. La cession de contrat s'incarne au premier abord dans le transfert actif ou passif de l'obligation caractéristique. Que l'immeuble soit cédé et la dette de jouissance suivra. Que le bail soit cédé et la créance de jouissance suivra. C'est d'ailleurs là généralement l'intérêt recherché par la cession de contrat, faire jouir une tierce personne du droit de bénéficier de la prestation caractéristique et par conséquent du droit d'en exiger l'exécution à son profit par le fournisseur ou le prestataire. L'obligation corrélatrice de prix ne peut qu'en suivre le sort, parce qu'il y va de la volonté des parties de transmettre tout le contrat et parce que, comme l'expose Jérôme François, l'obligation en nature ne peut être séparée de sa source et de sa cause, de sorte que sa cession ne peut que prendre la forme d'une cession de contrat et s'opérer avec celle de son prix.

952. Un arrêt du 10 février 1975 de la chambre commerciale de la Cour de cassation illustre parfaitement cet aspect. Dans cet arrêt, un fournisseur cessant son activité avait conclu un accord de substitution avec un de ses confrères au profit du client. Mais voilà que ce client s'oppose explicitement dans un premier temps à l'admission de ce nouveau fournisseur. Le prix des matières augmentant, ce client se ravise et finit par accepter la substitution. Vexé, le fournisseur substitué refuse de fournir ce client, si bien que celui-ci se retrouve obligé de se fournir ailleurs pour un coût plus élevé et se retourne contre son fournisseur initial. Le débout par les juges du fond de l'appel en garantie du fournisseur initial contre le fournisseur substitué se trouve confirmé par l'arrêt de rejet de la Cour de cassation. Le motif du rejet se base sur le refus initial du client quant à la substitution. La Cour d'appel « *a considéré à bon droit que la cession de dettes n'avait pu se réaliser en raison de l'opposition du créancier* ». Cet arrêt montre bien que l'intérêt de la cession de contrat réside dans la possibilité pour un tiers, non seulement de bénéficier de la prestation de service, mais également de l'exiger. Au demeurant il découle de cet arrêt que le consentement du cocontractant cédé constitue une condition de validité de la cession de contrat et non pas seulement une condition d'opposabilité.

953. Il ne fait aucun doute que la cession de contrat soit davantage qu'une simple adjonction de cessions de dettes et de créances. Elle inclut cependant nécessairement ces dernières. L'article 12.201 des PDEC ainsi que les articles 9.3.1 et suivants des principes Unidroit sont d'ailleurs rédigés en ce sens. C'est le double phénomène de la singularité du processus de cession de contrat et de la thèse matérialiste de la naissance des créances qui ont conduit à éclipser cet aspect primaire que revêt la cession de contrat, un transfert des créances et dettes réciproques principales prévues au contrat.

C'est dans cette réciprocité d'obligations croisées que s'incarne l'échange contractuel. Son transfert doit donc emporter leur cession. Pour les autres obligations, celles qui ne constituent pas les obligations principales prévues au contrat, incarnant le contrat, il y a lieu de distinguer. Soit il ne s'agit pas réellement d'obligations au sens technique du terme, auquel cas elles s'identifient avec le rapport contractuel nécessairement transmis, car elles ne sont que des devoirs qui lui sont inhérents et seule leur violation engendre la naissance de dettes. Soit il s'agit réellement d'obligations qui, n'étant pas principales et inhérentes au contrat, ne s'identifiant pas à lui, ne sont pas de plein droit transférées avec ce dernier et nécessite une mention expresse dans la convention de cession de contrat, en tant que cession de créances ou de dettes adjointe à l'opération.

954. Il est donc vrai que des créances et des dettes peuvent naître directement sur la tête du cessionnaire au contrat sans lui avoir été transmises au préalable. Mais il ne s'agit ni de la créance de prestation caractéristique ni de la dette de prix corrélative. Il peut s'agir d'obligations conditionnelles dont la naissance dépend d'un événement futur telle par exemple l'indemnité de non-concurrence qui ne naît qu'au jour de la rupture du contrat de travail si les conditions de son octroi sont remplies à cette date. Il peut s'agir également d'obligations nées de la violation d'un devoir comportemental inhérent à la norme contractuelle, tel le devoir de restitution des lieux dans un état convenable à l'issue du bail d'immeuble.

Mais cela n'implique pas que des dettes ne soient pas cédées, en particulier la dette principale de prix caractéristique de la relation contractuelle.

955. Analysée comme un double transfert de la créance juridique de prestation caractéristique et de la dette juridique corrélative prévue au contrat, l'opération de cession de contrat peut donner lieu à diverses situations dont il convient d'esquisser une typologie. En effet, la créance et la dette principales transmises au premier plan constituent bien les acceptions juridiques de la créance. L'acception économique de la créance n'entrera en jeu qu'au second plan afin de corriger les diverses situations qui peuvent résulter de la mise en œuvre de l'opération de cession de contrat. S'agissant d'un concept à la fonction correctrice, il apparaît normal que sa mise en œuvre ne soit abordée qu'au second plan, comme ajustement de la cession des créances et dettes juridiques principales prévues au contrat cédé.

b) Une transmission montrée par les manifestations de la protection des créances

956. Pourquoi la cession de contrat donne-t-elle lieu à tant de difficultés, si ce n'est par ce qu'elle implique une cession de dettes. C'est là une évidence qui se manifeste dans la résonnance des arguments opposés, d'une part à la cession de contrat, d'autre part à la cession de dettes, la réplique à ces arguments étant sujette à la même résonnance.

Il convient d'exposer à titre liminaire la protection de la créance en tant que bien (1°) avant de faire état de ses diverses manifestations dans la cadre de la cession de contrat, manifestations qui prouvent

finalement sa mise en œuvre, la préexistence de la dette de prix et son transfert par le biais de l'opération (2°).

1° - La protection de la propriété des créances

957. Depuis que le débiteur ne répond plus de la créance sur sa personne, sur son corps, mais sur son patrimoine, ce dernier en constitue la substance. C'est la raison pour laquelle la renonciation de la déclaration d'insaisissabilité par le débiteur au profit de l'un de ses créanciers bénéficie au cessionnaire de la créance¹. Elle n'est pas personnelle au créancier, mais inhérente à la créance puisqu'elle en modifie le gage, la substance. C'est également la raison pour laquelle la Cour de cassation a déclaré inconstitutionnel l'article L 30 du Code des pensions de retraite qui limite de façon excessive la saisissabilité de la pension de retraite des marins², car empêcher d'accéder au gage par la saisie altère la substance de la créance, le bien qu'elle constitue.

Il s'ensuit que tout changement de débiteur modifie le gage de la créance et altère sa substance, le bien qu'elle constitue. Or, Ginossar³ avait mis en évidence la double nature de la créance, à la fois lien juridique et bien objet de propriété. C'est la raison pour laquelle la créance, objet de propriété, bénéficie de la protection constitutionnelle du droit de propriété⁴. Cette protection se retrouve aujourd'hui au niveau conventionnel, sur le plan de la Convention européenne des Droits de l'Homme. C'est généralement cette dernière qui se trouve invoquée en la matière, pour la protection de la propriété des créances. L'article 1^{er} du Protocole n°1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme protège la substance du droit de propriété⁵ et la jurisprudence de la Cour européenne considère bien que le droit de créances entre dans la catégorie des biens protégés par ce dispositif⁶. Les États peuvent décider de porter atteinte au droit de propriété, mais à la double condition de poursuivre un but légitime d'utilité publique et qu'il y ait proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et le but poursuivi.

958. C'est la raison pour laquelle il ne peut en aucun cas être prévu, même légalement, à l'image de la cession de créances, une cession de contrat. Parce qu'une telle cession de contrat impliquerait la cession de la dette de prix avec libération du cédant. Il faudrait pour cela l'existence d'un dispositif

¹ Art. L. 526-3 al. 4 du Code de commerce. Le texte est de mauvaise facture d'ailleurs car il prévoit la renonciation, éventuellement sur un ou plusieurs biens déterminés, mais uniquement au profit d'un ou de plusieurs créanciers, ce qui laisserait à penser que la renonciation est générale et concerne toute les dettes à l'égard dudit créanciers, sans pouvoir être limitée à une dette particulière. Telle n'est sans doute pas la solution voulue par le texte qui embraye que « *lorsque le bénéficiaire (...) cède sa créance, le cessionnaire peut se prévaloir de celle-ci (de la renonciation)* ». De toute évidence les rédacteurs n'ont pensé qu'au cas d'un créancier détenant une seule créance. C'est oublier que les plus gros créanciers, tels les banques, en détiennent généralement plusieurs sur un même débiteur. C'est confondre les concepts de créancier et de créance, ce qui est pour le moins gênant.

² Civ. 2, 3 mai 2007, n°05-19439, P, le marin avait organisé son insolvabilité si bien que l'article en question lui permettait de faire échec à toute tentative de paiement forcé par son ex-épouse de la pension alimentaire qu'il devait verser à cette dernière. On notera le caractère alimentaire de la créance dont le paiement était mis en échec, qui n'a pas dû être étranger à la décision des juges. Mais ce qui importe ici c'est qu'un dispositif d'insaisissabilité altère la substance de la créance, le gage général de la créance s'identifie donc à elle.

³ GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960.

⁴ CC 10 juin 2010 n°2010-607 DC au sujet de l'art. L. 526-12 du Code de commerce en matière d'EIRL.

⁵ CEDH 13 juin 1979, MARCKX c/ Belgique, Série A n°31.

⁶ CEDH, gr. Ch. 6 octobre 2005, D. 2005, IR 2546, note MONTECIER, protection de la créance de réparation du préjudice résultant de la naissance d'un enfant handicapé.

protecteur jugé suffisant ne soit mis en place dans un but d'intérêt général. Ce dispositif est prévu par exemple en matière d'EIRL où, pour favoriser l'émulation économique et l'entrepreneuriat, il est prévu une possibilité d'altérer le gage de la créance déjà née sans accord du créancier, mais il doit en être informé de façon individuelle et un droit d'opposition à peine d'inopposabilité lui est légalement aménagé. Une telle cession de contrat avec libération du cédant sans consentement du créancier ne peut donc pas être reconnue en jurisprudence. C'est là l'explication des conditions jurisprudentielles à l'admission de la cession conventionnelle de contrat.

Par contre, la loi peut prévoir des cessions autoritaires à condition qu'il y ait poursuite d'un intérêt supérieur et que le dispositif en place soit proportionné au but poursuivi. Une palette de quelques une de ces cessions le montre.

2 - Les manifestations de la propriété des créances montant l'existence et le transfert de la dette de prix

959. La protection de la créance permet d'induire son existence. Il n'est pas possible de s'en apercevoir dans le cadre de l'adoption de la thèse matérialiste de la date de naissance des créances adoptée par Laurent Aynès, une naissance directement sur la tête du cessionnaire de la dette de prix qui permet de contourner un dogmatique principe d'incessibilité des dettes. La raison en est que cette thèse ne relate pas la résistance du droit à valider la cession de contrat et son opposabilité, qui se cristallise dans la cession de cette dette en réalité antérieure du prix de l'exécution future. Elle ne le relate pas, car elle vise à démontrer l'existence d'une cession de contrat sans accord du cocontractant cédé, avec sa seule information et une possibilité d'opposition à l'opération. Or, il s'agit là davantage d'une aspiration que du droit positif. Affranchi de cet objectif de transcender la cession de contrat, l'examen de celui-ci montre un droit bien plus méfiant et résistant à la cession de contrat, à cause de la cession de la dette de prix de l'exécution future qu'elle incorpore. L'admettant à certaines conditions en vue de protéger le cocontractant créancier insubstitué lors de cette opération, les conditions imposées sont en réalité la manifestation de l'existence et de la cession de la dette de prix de l'exécution future. Si elle n'existait pas préalablement à la cession et si elle n'était pas cédée, si elle naissait directement sur la tête du cessionnaire, alors les conditions drastiques imposées par le droit positif ne se comprendraient pas, n'auraient pas de sens, pas de raison d'être.

960. La protection dont il est question concerne la créance en tant que bien, mise en danger par la cession de la dette qui la constitue, la dette du prix de l'exécution future, contrepartie de la créance de cette prestation corrélativement cédée. Si la créance peut être cédée sans porter atteinte à sa substance telle n'est pas le cas de la cession de dettes. La cession de cette dernière n'a pas la même nature. Elle se présente en réalité comme une substitution de débiteur et non pas comme la cession d'un bien. Cependant, elle implique l'altération de la substance d'un bien qu'est la créance qu'elle incarne.

Trois types de protection peuvent être remarqués, qui prouvent l'existence antérieure de la créance de prix et sa nature de créance juridique et non pas économique. Lors d'une cession conventionnelle de

contrat, ce sont le consentement pour la validité et la décharge expresse pour la libération du débiteur initial qui sont exigés. Mais il est possible de se passer du consentement et de la libération expresse en matière de cession légale à condition pour le législateur de respecter les conditions imposées par la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'admission de certaines atteintes au droit de propriété. Enfin, une protection plus secondaire prouve l'existence de la créance, le maintien de la caution pour le paiement du prix de l'exécution future.

α Cessions légales, exigence d'un intérêt supérieur pour la libération du cédant sans le consentement du créancier

961. L'exemple des créances légales est assez marquant d'après nous, à cause d'un nuancier bariolé de situations qui ne fait que traduire au final la proportionnalité exigée. Non seulement l'exigence d'un intérêt supérieur pour libérer le cédant, mais également les différentes teintes, par une forme de graduation font résonnance avec la condition de proportionnalité des moyens avec les objectifs et montre ainsi avec encore plus de sagacité l'application de la protection conventionnelle de la propriété des créances, nécessairement juridiques. Dans cette optique, nous ne prendrons que quelques exemples allant decrescendo, de l'intérêt supérieur le plus fort justifiant l'atteinte la plus forte vers l'absence d'intérêt supérieur excluant la libération du cédant.

β Exemples de cessions légales de contrat dont l'intérêt supérieur justifie la mise à l'écart de la protection des créances et le sacrifice de sa substance

962. Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, l'article L. 642-7 du Code de commerce permet la cession des « *contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité* », car ces contrats sont vitaux pour l'activité et leur cession à un repreneur constitue le seul moyen de sauvegarder celle-ci et l'emploi qu'elle génère. Cette cession n'est pas une novation, mais libère le cédant du prix de l'exécution postérieure nonobstant les dates et montants des échéances.

Si le législateur a pu créer une telle cession forcée dans l'accord du créancier, c'est à cause de l'intérêt supérieur poursuivi, la sauvegarde de l'activité économique et de l'emploi. Cette cession est si extraordinaire par rapport au droit commun qu'elle peut même atteindre les contrats conclus intuitu personae¹. Elle comporte toutefois une double sécurité. C'est une cession judiciaire décidée par le Tribunal. Les contrats pouvant faire l'objet d'une cession sont limitativement ceux des catégories visées².

¹ Com. 17 mars 1992 n°90-17364, P, et les nombreuses décisions de juges du fond.

² Bien que la catégorie des contrats de fourniture de biens ou de services soit interprétée de façon extensive, tout contrat ne peut pas être judiciairement cédé en vertu de cette disposition. Ne peuvent y être soumis les contrats de GIE (Lyon, 13 mars 1992, *Bull. Joly* 1992. 1306, note LE CANNU) ou de société en participation (Paris, 30 janv. 1997, *Dr. sociétés* 1997, no 109, obs. CHAPUT).

963. Le bail commercial constitue un élément primordial du fonds de commerce. Il en fait parfois toute la valeur si l'on pense par exemple à une boulangerie en sortie de métro qui bénéficiera d'un fort afflux de clients, de chalands. C'est la raison pour laquelle l'article L. 145-16 du Code de commerce inhibe toute clause du bail commercial qui empêcherait la cession de celui-ci avec le fonds de commerce à un acquéreur de l'entrepreneur. Rien ne peut s'opposer à la cession du fonds.

Pour cette raison, si la jurisprudence avait dans un premier temps décidé que le cédant restait tenu des loyers postérieurs à la cession¹, sa position a aujourd'hui changé pour un principe de libération du cédant quant aux loyers de l'occupation postérieure, excepté en cas de présence d'une clause de solidarité entre le cédant et un potentiel cessionnaire prévue au contrat de bail². Ce changement de position a sans doute été pris en considération du fait que le maintien de l'obligation du cédant avait indirectement pour effet de freiner la cession du bail et par conséquent du fonds de commerce. Or, le transfert de l'activité est parfois nécessaire pour son émulation voire sa sauvegarde. Mais cette libération est sans doute aujourd'hui inefficace dans la mesure où la clause de solidarité constitue maintenant une clause de style dans les baux commerciaux.

964. Si les deux dispositifs de cession de contrat visent à favoriser l'activité économique, les deux mécanismes n'ont pas la même importance, la même urgence, le même rôle quant au maintien de l'activité. La cession des contrats nécessaires à l'exploitation lors d'une liquidation judiciaire est vitale, tandis que la cession du bail avec le fonds de commerce en favorise l'émulation, mais n'est pas nécessairement vitale pour la continuité d'exploitation. C'est la raison pour laquelle les dispositifs n'ont pas la même force au regard de la cession de contrat et de la dette de prix de l'exécution future qu'elle incorpore. La cession de tout contrat vital en liquidation judiciaire libère nécessairement le cédant, tandis que la libération du cessionnaire du fonds de commerce et du bail, hors le cadre d'un plan de cession, peut être mise en échec par une clause de solidarité stipulée au contrat de bail, aujourd'hui une clause de style dans ce type d'acte. Outre l'intérêt supérieur qui permet l'existence de ces deux mécanismes, cette nuance constitue une manifestation de la condition de proportionnalité des moyens mis en œuvre aux buts poursuivis. Nous y voyons ici une deuxième marque de la protection conventionnelle de la créance du prix de l'exécution future, d'ores et déjà née, avant la cession du contrat, avant l'exécution, ce pourquoi il ne peut s'agir que de l'acceptation juridique de la créance et non pas économique, car celle-ci naît de l'exécution même.

Nous pouvons ajouter un exemple empreint de nuances, celui de la cession du contrat d'assurance avec la chose assurée.

965. En matière d'assurance de chose, l'article L. 121-10 du Code des assurances dispose que l'assurance continue de plein droit avec l'ayant cause à titre particulier de la chose. L'alinéa 3

¹ Soc. 9 nov. 1956, GP 1957, 1, 120, J. Becqué, « en l'absence de toute convention particulière et de circonstances spéciales, les cessionnaires successifs d'un droit au bail deviennent, par l'effet même de la cession du contrat synallagmatique de louage, débiteurs du bailleur originaire, qu'ils demeurent à ce titre et malgré la rétrocession de leurs droits, tenus envers lui jusqu'à l'expiration du bail, des obligations qui en découlent ». Commentant l'arrêt, M. BECQUE penche pour une délégation ou une stipulation pour autrui, avec une préférence pour cette dernière. Soc. 22 nov. 1957, D. 1958, Desiry, RTD civ. 1958, 268, Carbonnier, le cédant reste tenu en tant que caution.

² Civ. 3, 12 juill. 1988, n°86-15759, P.

dispose que « *celui qui aliène reste tenu vis-à-vis de l'assureur au paiement des primes échues, mais il est libéré, même comme garant des primes à échoir, à partir du moment où il a informé l'assureur de l'aliénation par lettre recommandée* ». L'intérêt supérieur réside ici dans la préservation de la valeur des biens, fonction du contrat d'assurance, qui ne doit pas être mise en péril par le transfert de celui-ci dans un autre patrimoine. Il s'agit de maintenir la fonction du contrat d'assurance qui ne devrait pas être altérée par des événements de transfert de patrimoine, ce d'autant que, si la chose était assurée par le cédant, elle le sera en principe aussi par le cessionnaire. In fine le vendeur de la chose, cédant du contrat d'assurance, se trouve libéré du prix de la couverture future, des primes futures. La protection de la créance est donc mise de côté et l'altération de la substance de la créance de primes postérieures acceptée. L'intérêt n'est cependant pas suffisamment élevé pour que ce sacrifice ne comporte pas de garde-fous. L'assureur doit être informé par notification du cédant si ce dernier souhaite être libéré. Surtout, le second alinéa de l'article aménage une fenêtre pour résilier le contrat s'il n'accepte pas le cessionnaire pour cocontractant. Trois mois sont laissés à l'assureur pour résilier le contrat à compter de son information, alors que le contrat d'assurance est en principe un contrat annuel renouvelable par tacite reconduction insusceptible de résiliation anticipée par l'assureur.

Il est remarquable que l'article précise que le cédant n'est plus tenu, « *même comme garant* ». L'exception confirme le principe. En l'absence d'un intérêt supérieur et d'une mise à l'écart de la protection conventionnelle de la créance juridique comme bien, le cédant demeure tenu « **comme garant** ». Ainsi, le gage qu'il représente, son gage, demeure dans la substance de la créance qui se trouve augmentée du gage du nouveau contractant, mais ne supporte pas de diminution, d'altération négative, de retranchement. Cette remarque entame l'amorce d'un contre-exemple d'absence où justement il y a absence d'intérêt supérieur et par conséquent impossibilité de mettre à l'écart la protection de la créance (juridique) comme bien.

γ Contre-exemples de cessions légales de contrat dont l'intérêt supérieur justifie la mise à l'écart de la protection des créances et le sacrifice de sa substance

966. L'article L. 211-11 du Code du tourisme prévoit que le voyageur peut céder son contrat. Mais l'article vient préciser que « *le cédant et le cessionnaire sont responsables solidairement (...) du paiement du solde du prix* ». Ceci ne correspond pas à un cas de cession conventionnelle, car l'accord du cocontractant cédé, en l'espèce le voyageur, n'est pas nécessaire pour la validité du contrat de cession. Cependant, en l'absence d'intérêt supérieur inhérent à cette cession, le principe de protection du bien que constitue la créance ne peut être écarté, sa substance doit être conservée. C'est pourquoi le cédant demeure codébiteur solidaire. Il n'y a pas de nouveau lien de droit, nouvelle obligation entre le voyageur et le cessionnaire, il y a pluralité de sujets passifs à l'obligation de payer le prix du fait de la cession.

Nous retrouvons par contre ici les effets de la cession conventionnelle, dont les conditions et les difficultés d'admission montrent aussi finalement l'existence antérieure à la cession de contrat de la créance de prix de son exécution postérieure.

δ Cession conventionnelle, résistance à admettre la libération du cédant quant au prix de l'exécution future

969. Nous avons déjà rencontré les arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation qui sembleraient refuser l'existence d'une véritable cession de contrat en cassant les arrêts ayant admis la cession du contrat et refusé le recours du cocontractant cédé contre le cédant pour le paiement du prix de prestations postérieures au jugement d'ouverture¹, ce au visa de l'art. 1275 du Code civil. Ces arrêts semblent refuser la cession de contrat et considérer qu'il y a délégation de créance. Même s'ils ne l'affirment pas explicitement, le visa de l'article 1275 du Code civil irait fortement dans ce sens. Il a été observé qu'à notre sens des arrêts de chambre commerciale ne faisaient pas de même et que ces arrêts de chambre civile pouvaient s'interpréter comme un emprunt de régime à la délégation pour exiger une décharge expresse du cédant, sans pour autant qu'il y ait empreint de nature, absence d'une cession de contrat autonome de la délégation. Tel n'est pas le sujet ici.

D'une part, la délégation concerne la créance, non le contrat dans sa globalité. D'autre part, le problème résidait à chaque fois dans le paiement de la créance de prix de l'exécution future, due avec certitude par le cessionnaire, la question était de savoir si le cédant continuait ou non à en répondre. Un arrêt déjà cité du 12 mars 1946 est édifiant en la matière, s'agissant de la cession d'un contrat d'exploitation de carrière, la Cour portait très rapidement la discussion sur le transfert inhérent au contrat de la dette de prix de l'exécution future².

En conséquence ces arrêts prouvent au final que la créance du prix de l'exécution future existe déjà et que c'est une créance juridique dont il est question ici et non pas une créance économique. En effet, pour être libéré, encore faut-il être préalablement tenu, que la créance prétendument éteinte soit bien d'ores et déjà née, ici la créance du prix de l'exécution future. Or, l'extinction de la créance, son paiement, constitue, comme nous l'avons vu en 1^{ère} partie une manifestation de l'existence de la créance juridique, tandis qu'au contraire la créance économique, concept informatif, n'est pas impactée par le paiement, elle lui survit et demeure malgré tout utile au droit, ce qui n'est pas le cas de la créance juridique.

970. L'idée peut se retrouver chez Olivier Deshayes qui propose une transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier sur la base des critères d'utilité et de neutralité. Mais la transmission globale des contrats synallagmatiques à exécution successive ne passe pas le crible du critère de neutralité à cause de la cession de dettes qu'elle implique³. Ceci est d'autant remarquable que l'auteur, dans ses propos introductifs, semblait aller dans le sens d'une naissance successive des créances issues d'un contrat synallagmatique à exécution successive à durée indéterminée.

On le constate à nouveau, tant qu'on ne s'attache pas aux détails, il est esthétique et confortable de parler de naissance successive des créances et de substituer dans l'esprit au concept de créance

¹ Arrêts précités, civ. 3, 12 déc. 2001, n°00-15627, FS-P+B, D. 2002, 984, M. BILLIAU et C. JAMIN, *Def.* 2002, art. 37558, R. LIBCHABER, *Dr. sociétés* 2002, comm. 37, T. BONNEAU, *RD banc. et fin.* 2002, comm. 56, A. CERLES, civ. 1, 21 mars 2000, n°98-13280, inédit.

² Civ. 12 mars 1946, *JCP G* 1946 II 3114, obs. R.C., « Mais attendu... que le contrat initial comporte... l'obligation étroitement liée à son droit d'extraction, de payer les redevances stipulées; que les dispositions de l'article 1275 du Code civil étaient donc applicables à un apport devant emporter changement de débiteur... ».

³ O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant-cause à titre particulier*, th. LGDJ 2005, n°409 et 410.

juridique celui de créance économique plus rassurant car correspondant davantage au sens commun, à l'idée générique de la créance. Mais à partir du moment où l'on commence à creuser la question et à rechercher si tel est vraiment le cas, si cela est possible, on finit par s'apercevoir que non, que la cession du contrat engendre bien la cession de la dette de prix ou de prestation future et que cela heurte la protection du créancier, qui n'est autre qu'une marque de la protection de la propriété des créances, qui implique que la dette du prix de l'exécution future était d'ores et déjà née, quel que soit le type de contrat dont il est question, à exécution successive, à durée déterminée ou indéterminée.

La référence de la jurisprudence à l'article 1275 du Code civil ainsi que l'exigence d'une libération expresse sont la marque de l'existence antérieure à la cession de la créance du prix de l'exécution future, et par conséquent son transfert à l'occasion de la cession de contrat. elles montrent également qu'il s'agit là nécessairement de la créance juridique, ne serait-ce que pour la raison que la créance économique n'est par définition pas encore née. La protection prouve l'existence de la créance juridique. Il en va de même au final, certes dans une moindre mesure, du maintien de la caution.

ε Couverture par la caution des loyers futurs postérieurs à la cession de l'immeuble

971. Par arrêt du 6 décembre 2004, l'assemblée plénière de la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir condamné la caution à couvrir le paiement des loyers postérieurs à la cession du contrat de bail. La Cour énonce « *qu'en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur* »¹. La caution doit couvrir les loyers postérieurs, car ils ne constituent en réalité qu'une seule créance, « la créance de loyers », qui était née d'ores et déjà avant la cession et qui fut cédée avec le contrat de bail à l'acquéreur de l'immeuble.

Nous avons déjà abordé le problème du cautionnement en première partie. Il est vrai que nous avons alors dit que le droit du cautionnement n'était sans doute pas un bon indicateur de la date de naissance de la créance, car la solution devrait d'après nous être identique en cas de naissance postérieure des loyers. Il y a lieu en effet de ne pas confondre la couverture certaine de dettes futures déterminées qui ne permet pas à la caution de se désengager et la couverture incertaine de dettes futures indéterminées.

Malgré tout la protection de la créance abordée ici rendait approprié le rappel de cet article. Si ce n'est pour sa solution, ce sera pour la lettre de l'arrêt justifiant la décision, « la créance de loyers », une seule créance de plusieurs échéances, de plusieurs termes de loyers, et non pas une pluralité, une succession de créances qui seraient à naissance successive.

¹ AP 6 déc. 2004, n°03-10713, P, D. 2004, 227, AYNÈS et SEYNIER, D. 2004, 70, V. AVENA-BOBARDET, Def. 2005, art. 38142, p. 634, É. SAVAUX, GP 2005, 504, RÉMY, JCP E II 1910, p. 2079, C. BELLOC et J. FRÉMINVILLE, JCP G 2005 I n°135, P. SIMLER, JCP G 2005 II n°10010, S. PIÉDELIÈVRE, JCP N 2005, p. 292, RABY, LPA 2005, n°61, p. 7, D. HOUTCIEFF, RD banc. et fin. 2005, n°37, p. 17, D. LEGAIS, RTD com. 2005, 51, J. MONÉGER.

2/ La détermination difficile des dettes secondaires transmises

972. La cession du bail constitue un bon exemple d'enchevêtrement en la matière. Mettant de côté les obligations principales, ce sont les solutions concernant les obligations secondaires nées à l'occasion du contrat qui posent problème dans la détermination de leur date de naissance et de leur cession éventuellement concomitante avec le contrat de bail. Il existe en la matière une triple incongruité que nous pouvons tenter de démêler et d'expliquer.

D'un côté, une jurisprudence bien assise considère que l'obligation de réparation est à la charge du dernier occupant, quand bien même les dégradations auraient eu lieu à l'époque des preneurs prédécesseurs au motif que « *les cessions successives d'un bail commercial opèrent transmission des obligations en découlant au dernier titulaire du contrat qui devient débiteur envers le bailleur des dégradations causées par ses prédécesseurs* »¹.

Mais d'un autre côté, une jurisprudence tout aussi constante refuse au bailleur la résiliation du bail avec le cessionnaire au motif que le cessionnaire du bail n'en était pas l'auteur².

En outre, alors que la jurisprudence précitée sur la dette de réparation suite à réparation sur fonde sur une transmission de plein droit des obligations du bail, spécialement de l'obligation de réparation des dégradations, la jurisprudence sur le dépôt de garantie n'est pas en ce sens et décide qu'il n'y a pas transmission de plein droit de l'obligation qu'il représente, active ou passive. En cas de cession du bail dans le cadre d'un plan de cession, le dépôt de garantie doit être restitué au cédant et le cessionnaire se trouve obligé d'en constituer un nouveau³. Et en cas de cession de l'immeuble, le cédant reste tenu de l'obligation de restitution du dépôt de garantie⁴. Mais il n'en va plus⁵ ainsi en matière de bail d'habitation depuis la loi du 28 mars 2009 ayant ajouté un article 22 à la loi du 6 juillet 1989 qui dispose qu'en « *cas de mutation (...) des locaux loués, la restitution du dépôt de*

¹ Com. 9 juill. 2003, n°02-11794, P, D. 2003, 2312, Y. ROUQUET, *JCP E* 2003, 1665, J. MONÉGER, *Rev. loyers* 2003, p. 593, S. GUILLUY-FRIANT, *RTD civ.* 2003, 725, P.-Y. GAUTIER. Dans le même sens déjà, civ. 3, 27 oct. 1993 n°91-10672, inédit, civ. 3, 7 janv. 1987 n°85-13974,

² Civ. 3, 30 juin 2010 n°09-13754, P+B, *AJDI* 2011, p. 208, Y. ROUQUET, *JCP E* 2010, 1807, E. CHAVANCE, *Rev. Loyers* 2010, p. 910, n°1203, note B. CATHELAND, civ. 3, 15 sept. 2010, n°09-14519, P+B, *AJDI* 2011, p. 289, Y. ROUQUET, *GP* 19 et 20 nov. 2010, p. 35, C.-E. BRAULT, *RLDA* 2010, p. 3095, H. VERCKEN, civ. 3 4 oct. 2000, n°99-12722, P, Civ. 1, 5 juin 1967, Bull. civ. n°194. La solution ne serait visiblement pas la même en matière de mise en œuvre d'une clause résolutoire, com. 30 janv. 2002 n°00-16284, P, cassation pour défaut de base légale de l'arrêt appliquant la jurisprudence précitée et refusant de prononcer la résolution du contrat par la mise en œuvre de la clause pour ne pas avoir « *rechercher (...) si, à la suite du commandement qui lui avait été délivré, il n'incombait pas (au cessionnaire) de mettre un terme au manquement contractuel visé par cet acte* ».

³ Com. 16 sept. 2008, n°06-17809, P, D. 2008, 2345, A. LIENHARD, *JCP G* 2009 I 114 §6, M. CABRILLAC. Celui qui achète l'affaire en redressement judiciaire via un plan de cession à tout intérêt à ne pas ignorer cette sortie de trésorerie en perspective. En l'espèce, le dépôt de garantie auquel ne s'attendait sans doute pas le cessionnaire du bail et de l'affaire s'élevait à 6.000.000 FCP.

⁴ Civ. 3, 25 févr. 2004, n°02-16589, P, *AJDI* 2004, p. 379, Y. ROUQUET, *Loyers et copr.* 2004, comm. 67, B. VIAL-PEDROLETTI, *Rev. loyers* 2004, p. 320, V. CANU, *AJ famille* 2004, p. 147, S. DEIS-BEAUQUESNE.

⁵ Antérieurement, le recours du preneur contre le bailleur originaire avait été admis malgré une clause de cession de la dette de restitution du dépôt de garantie dans l'acte de transfert de propriété du bien au motif que cette cession de dettes n'était pas opposable au créancier preneur : Civ. 3, 18 janv. 1983, n°81-15516, P, *Def.* 1983, art. 33133, J.-L. AUBERT. Dans la mesure où le nouveau texte semble protéger les intérêts du locataire, il n'est pas certain que cette solution soit remise en cause, les deux solutions étant compatibles d'après nous. Par contre, devrait être remise en cause la solution refusant au locataire le droit de réclamer la restitution de son dépôt de garantie au légataire à titre particulier de l'immeuble au motif que « *la restitution du dépôt de garantie incombe au bailleur originaire et ne se transmet pas à son ayant cause particulier* » (civ. 3, 25 févr. 2004, n°02-16589, P, op. cit.) car le legs constitue une mutation à titre gratuit visée par la loi du 25 mars 2009.

garantie incombe au nouveau bailleur », toute convention contraire n'ayant d'effet qu'entre les parties, précise l'article.

973. Proposant une interprétation restaurant la cohérence en la matière, il nous semble que le nœud de l'incohérence réside dans le motif de cession des obligations du bail par la jurisprudence qui condamne le cessionnaire du bail à réparation pour des dégradations qui incombaient au preneur antérieur. Il s'agit ici de la mise en œuvre d'un devoir prévu par le bail, qui peut être source de violation donnant lieu à naissance d'une obligation, d'une dette, mais qui en l'état s'identifie avec le bail, avec la position contractuelle cédée, le devoir de restituer les lieux en l'état. En l'absence de dégradations, le preneur ne doit rien. Et tant que le bail ne s'achève pas, il n'y a pas de restitution et il ne peut par conséquent y avoir violation du devoir de restitution des lieux en l'état et naissance subséquente d'une obligation de réparer. Dans ces affaires, le fondement sur lequel le cessionnaire se trouve en quelque sorte redevable des dégradations antérieures n'est pas la cession de la dette de réparation avec le contrat de bail, mais la naissance de l'obligation de réparation au jour de la restitution incorrectement exécutée par le preneur du fait des dégradations toujours présentes.

C'est un exemple de confusion entre le contrat lui-même et les créances qu'il fait naître. La dette de réparation des dégradations n'a pas été transmise. Elle est née après, au jour de la restitution par le cessionnaire des lieux loués. On remarquera la résonnance avec notre problématique centrale, la thèse matérialiste de la naissance des créances dans le cadre de la cession de contrat, qui opère en sens inverse. Ce n'est pas que les créances de loyers, par exemple, naissent après la cession, c'est que la dette du prix de la jouissance s'est trouvée cédée en même temps que le bail avec la créance de jouissance des locaux loués.

C'est dans cette direction que s'oriente clairement l'argumentation d'un arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 21 novembre 2001 où la cour rejette le pourvoi qui reprochait aux juges du fond de ne pas avoir recherché à quelle date avaient été commises les dégradations. La Cour d'appel n'était en effet pas tenue d'opérer une telle recherche inutile dès lors que « *conformément aux clauses du bail, les locataires devaient restituer la chose en bon état de réparations locatives* »¹. C'est donc bien la restitution, au sens d'un devoir inhérent au contrat et non pas au sens technique d'une obligation née du contrat, qui était en cause ici. Elle est incluse dans le rapport contractuel cédé, mais seule sa violation donne lieu à la naissance d'une obligation, une dette de réparation, qui pourrait être aussi une indemnité d'occupation si c'était la restitution en elle-même qui n'était pas effectuée, et qui constituerait ainsi la violation du même devoir, plutôt que l'état des lieux au moment de leur restitution.

Un arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 13 juin 2001 peut également être cité, car il ajoute une précision sous la forme d'une exception au principe selon lequel le cessionnaire du bail est redevable de la réparation des dégradations commises par son prédécesseur. Il est tenu des dégradations « *sauf (de) celles pour lesquelles (le cédant) s'était engagé à effectuer les réparations lors de l'établissement de l'état des lieux de sortie* »². S'il faut un état des lieux de sortie pour qu'il en aille différemment, c'est bien qu'il faut quelque part anticiper la fin du bail, car l'état des lieux est en principe inhérent à cette dernière. Cette anticipation de la fin du bail montre la volonté des parties de faire jouer

¹ Civ. 3, 21 nov. 2001, n°00-13237, inédit.

² Civ. 3, 13 juin 2001, n°99-18047, inédit, *AJDI* 2002 p. 28.

immédiatement le devoir de restitution conforme des lieux sur la tête du locataire sortant, ce bien que le contrat de bail ne soit pas achevé et se poursuive avec un nouveau preneur.

974. La solution sur la réparation des dégradations se trouve dorénavant en harmonie avec celle rendue en matière de restitution du dépôt de garantie. Il n'y a pas de transfert automatique sans stipulation incluse dans le bail et devant respecter les formalités adéquates, celles de l'art. 1690 pour une cession de créances ou bien le consentement du créancier cédé, voire la libération expresse de sa part du débiteur cédant, pour une cession de dettes. L'exception prévue en la matière pour le bail d'habitation par faveur pour le preneur correspond à l'esprit du régime protecteur applicable en la matière, si bien que cette exception confirme bien le principe d'intransmissibilité automatique des dettes. Reste la résiliation du bail qui ne correspond pas à notre avis à une problématique en termes de naissance de créances, mais plutôt en termes de comportement et de sanctions. La protection de la propriété du bail commercial n'y est sans doute pas étrangère. L'art. L. 145-17 du Code de commerce n'autorise la résiliation sans indemnité d'éviction qu'en cas de « *motifs graves et légitimes* ». Ainsi, d'une part, si toute dégradation demeurant au jour de la restitution donne naissance à une créance de réparation, toute dégradation ne constitue pas une cause de résiliation du bail commercial. Encore faut-il qu'elle soit suffisamment grave. D'autre part, il s'agit là de la sanction d'un comportement davantage que d'un problème de naissance d'une créance ou de transmission d'une créance. La terminologie des arrêts cités, empreinte de l'esprit du droit pénal, est bien en ce sens, qui évoque « *l'imputabilité* » des « *fautes de jouissance* ». Or, en matière répressive, si la dette d'amende née de sa prononciation judiciaire peut par exemple être transmise dans le cadre d'une opération de fusion absorption, tel n'est pas le cas des sanctions répressives prononcées. Dans notre cas, cette sanction personnelle et intransmissible réside dans la privation du droit au bail.

3/ La déclinaison subséquente des schémas possibles

975. La cession conventionnelle de contrat est une convention *sui generis*¹ tripartite qui nécessite l'accord du cocontractant inchangé pour sa perfection. Elle emporte une cession de créances et de dettes, des obligations principales réciproques prévues au contrat. Si la cession de créances ne pose pas de problème, la cession de dettes nécessite un aménagement particulier du fait de la protection de la propriété des créances et de l'atteinte qui y serait faite en cas de décharge automatique de débiteur initial. Pour cela, en l'absence d'un mécanisme légal sécurisant², la cession conventionnelle de contrat nécessite une décharge expresse du débiteur par inspiration du régime de la délégation. Mais il ne saurait pour autant y avoir délégation et création d'un rapport de droit nouveau, car la cession de

¹ Soc. 12 nov. 1954, *D.* 1955, 22, où la Cour reconnaît que « *la cession de bail est une convention d'une nature particulière* » différente de la vente pour exclure toute nullité pour absence de prix.

² Le projet de réforme TERRÉ du régime des obligations propose, de façon analogique avec l'apport au patrimoine affecté d'une EIRL de dettes nées antérieurement à la constitution, une notification doublée d'un droit d'opposition, à défaut de quoi il y a décharge automatique du débiteur initial. Laurent Aynès prenait position pour une tel dispositif dans sa thèse sur la cession de contrat. Enfin, Olivier DESHAYES propose une transmission strictement fonctionnelle de plein droit à l'ayant cause à titre particulier des obligations attachées inhérentes au bien transmis dès lors qu'elles remplissent les conditions d'utilité et de neutralité, ce par souci d'efficience du système juridique. (th. LGDJ 2005, n°372, citant, dans un même analogue, C. GABET-SABATIER, *La connexité dans le droit des obligations*, th. 1977, n°385).

contrat est par essence translatif du rapport contractuel et des obligations principales. À défaut de décharge expresse, le débiteur initial demeure garant solidaire non intéressé à la dette¹ du paiement en qualité de codébiteur solidaire non intéressé à la dette. Il n'y a ni novation ni délégation. Cette garantie ne revêt pas la nature d'un cautionnement et n'est donc pas soumise au régime de ce dernier. Elle est inhérente à la protection des créances en tant que bien appliquée dans le cadre de la cession de contrat. Il ne peut être porté atteinte au gage initial du créancier, à défaut de quoi il serait porté atteinte à la substance de sa créance, à la propriété de sa créance en tant que bien. Le créancier cédé se voit attribuer un nouveau débiteur du fait de la cession de dettes inhérente à la cession de contrat, mais il conserve en sus le gage qui était auparavant le sien. Seule une décharge expresse de sa part peut aboutir à lui retirer le gage initial du patrimoine du cédant.

976. Une exception à ce régime de droit commun doit cependant être relevée, celle du bail commercial. En la matière, le cédant se retrouve libéré des loyers postérieurs à la cession sans qu'une décharge expresse du bailleur ne soit nécessaire. Deux arrêts de la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 12 juillet 1988 et du 15 janvier 1992 l'énoncent clairement². Dans les deux affaires, le bail ne comportait pas de clause de solidarité des parties en cas de cession et le recours du bailleur contre le cédant se trouvait alors mis en échec. Mais le bail commercial constitue un contrat particulièrement objectif, davantage rattaché au fonds de commerce, dont il constitue d'ailleurs une composante économique, qu'à la personne de son exploitant, le preneur. Pour cette raison, il n'est pas loisible au bailleur d'interdire la cession du bail par le preneur lorsque celle-ci est adjointe à la cession du fonds de commerce de ce dernier. L'article L. 145-16 du Code de commerce s'y oppose. Le statut particulier du bail commercial explique son caractère dérogatoire du droit commun la libération du cédant pour l'avenir. Mais, comme il a déjà été remarqué, la clause de garantie solidaire constitue aujourd'hui une clause de style et il était proposé lors du 105^{ème} congrès des notaires de France de transformer pour en faire une garantie légale, si bien que le régime de droit commun tend à refaire son apparition. Pour ces raisons, il nous semble que la jurisprudence qui libère de plein droit le cédant du prix des loyers postérieurs doit s'interpréter comme se limitant dans son domaine aux cessions de baux commerciaux accessoires de la cession d'un fonds de commerce.

977. Prenons l'exemple de la cession par le preneur d'un bail ne relevant pas du statut des baux commerciaux. Le cessionnaire se retrouve nouveau preneur, le cédant reste garant en l'absence de sa décharge expresse, le bailleur se retrouve avec un ou deux débiteurs selon qu'il a libéré le cédant initial. Mais, deux différences majeures d'avec une délégation ou une novation : d'une part, le cessionnaire, nouveau preneur, pourra exiger du bailleur l'exécution de la prestation caractéristique, l'octroi d'une jouissance paisible, et l'accomplissement de ses devoirs de bailleur, d'autre part, le bailleur pourra lui opposer les exceptions inhérentes à l'obligation puisqu'il s'agit du même rapport de droit³.

¹ Par exemple, l'art. 1831-3 du Code civil en dispose expressément ainsi pour la cession du contrat de promotion immobilière, « *Le cédant est garant de l'exécution des obligations mises à la charge du maître de l'ouvrage par le contrat cédé* ».

² Civ. 3, 12 juill. 1988, n°86-15759, P et Civ. 3, 15 janv. 1992, n°90-11289, inédit.

³ Par contre, en cas de décharge conventionnelle ou légale du cédant, le bailleur ne pourra plus opposer au cessionnaire des exceptions nées avant la cession. En outre, pour ce qui est du domaine des sanctions à quonotation répressive telle la perte du droit au bail commercial, on se souviendra que c'est l'imputation d'un comportement qui compte nonobstant toute considération des liens d'obligation de telle sorte que le cessionnaire ne pourra perdre son droit au bail commercial nouvellement acquis pour des faits imputables au cédant, peu importe que celui-ci ait été libéré de façon supplétive ou soit resté tenu solidairement en présence d'une clause de solidarité au contrat de bail prévue pour l'hypothèse de cession dudit bail par le preneur.

978. Grégory Audebrand¹ relève pertinemment, dans sa thèse visant à démontrer l'incessibilité du contrat, **l'inéquité que peut engendrer le décalage** entre la date de cession de contrat et les dates d'échéance, car, d'après l'auteur, le cessionnaire se retrouvant contraint de payer une échéance postérieure à la cession, mais couvrant des prestations antérieures fournies au cédant et inversement le cédant pouvant se retrouver contraint de payer une échéance antérieure recouvrant des prestations postérieures fournies au cessionnaire.

Ajoutons que le décalage peut ne pas être lié à la contrainte. La situation que génère une cession de contrat peut générer un décalage de fait, l'un payant la prestation ayant bénéficié à l'autre, sans que ce paiement ne soit forcé, du fait d'une inadvertance, du fait d'un prélèvement automatique ou encore d'un paiement à terme à échoir déjà intervenu et couvrant une période postérieure à la cession de contrat. La contrainte n'a pas besoin d'exister ou d'être mise en œuvre pour que le décalage existe. Des raisons multiples peuvent générer en fait le décalage soulevé par M. Audebrand.

979. Là où nous divergeons de la position de ce dernier, c'est que nous pensons qu'il existe une réponse juridique à ce décalage, à cette iniquité. La fissure qu'opère une cession de contrat dans le principe de relativité des conventions nécessite la mise en œuvre d'outils d'adaptation du droit aux situations factuelles pouvant en découler. Là intervient la créance économique qui permettra d'assurer ou de restaurer l'équité économique objective perdue par la mesure au moyen de l'acceptation économique de la créance de la charge, de la quotité de prix que doit assumer chacun des contractants successifs.

Conclusion de section, la cession de contrat incluant une cession de créances et de dettes :

980. La cession de contrat est une opération économique dont le but est généralement de faire bénéficier à un tiers, le cessionnaire du contrat, des avantages économiques du contrat transmis qui sont cristallisés dans la prestation promise. Par nature, la cession de contrat génère nécessairement un décalage entre le débiteur juridique du prix et son débiteur économique, le bénéficiaire de la prestation. Pour cette raison, **la cession de contrat constitue un modèle de la fonction de la créance économique** en matière de date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. Elle intervient à chaque fois qu'un changement substantiel se produit dans la situation juridique en cours d'exécution de la prestation caractéristique, en cours de naissance de la créance économique. Ce changement réside en matière de cession de contrat dans la substitution du débiteur de la créance de prix.

Sans outil d'adaptation de la situation juridique, le cessionnaire pourrait acquitter des échéances qui recouvrent une période d'exécution de la prestation qui avait bénéficié au cédant, et vice versa. C'est sans compter le véritable aspect de la cession de contrat et l'utilisation systématique du concept de créance économique dans son cadre.

981. Dans la cession de contrat synallagmatique de fourniture d'un bien ou d'une prestation de service, le cessionnaire ne se retrouve pas redevable de la créance de prix à cause d'une naissance postérieure de celle-ci au jour de l'exécution. À défaut, la cession de contrat ne poserait pas tant de problèmes, ne se heurterait pas à tant de résistance, car elle n'emporterait pas cession d'une dette. Le

¹ G. AUDEBRAND, *De l'incessibilité du contrat*, th. 2002, spéc. n°90 et s.

principe d'incessibilité des dettes s'avère en réalité **anachronique**. Ce principe étant écarté, plus rien n'empêche de faire la lumière sur le véritable visage de la cession de contrat. Celle-ci opère certes un transfert de position contractuelle, mais elle emporte **également et automatiquement un transfert simultané des créances et des dettes principales nées du contrat**, celles qui le caractérisent. Ce transfert n'est que partiel et c'est dans la mesure de la quotité cédée qu'intervient la créance économique, car cette mesure doit permettre de veiller à la corrélation entre le produit de l'exécution de la prestation et la charge de son prix, fonction de la créance économique.

Section 2 : La créance économique comme mesure de la quotité cédée

982. Une problématique survient dès lors que la cession de contrat opère un transfert de la créance de prestation caractéristique et de la dette de prix corrélatrice. La créance de prestation caractéristique se trouve nécessairement cédée à hauteur de ce qui n'a pas encore été exécuté. Cela découle mécaniquement de la matérialité du fait d'exécution déjà accompli au profit du cédant qui ne peut plus l'être au profit du cessionnaire. Mais alors il convient de se demander quel est le sort de la créance de prix. Doit-il y avoir substitution immédiate dans l'exécution de la créance de prix sans égard pour sa corrélation avec la prestation caractéristique ? Le cessionnaire du contrat se substitue-t-il au paiement du prix non encore payé au jour de la cession, quelle que soit la période concernée par celui-ci, qu'il concerne l'exécution postérieure de la prestation, mais également l'exécution antérieure de la prestation ? C'est ce que présuppose Monsieur Audebrand dans sa thèse en relevant l'iniquité engendrée par le décalage entre exigibilité du prix et exécution de la prestation.

983. Ce décalage se résout par la fonction de la créance économique de remise des charges en face des produits. Une correction juridique s'opère par ce biais afin de s'assurer que chacun des contractants successifs paie bien le prix de la prestation qu'il perçoit. Il reste à déterminer les modalités d'application de la créance économique.

Exposant l'adage « *ubi emolumentum ibi onus* » selon lequel la charge va là où se trouve le profit, Messieurs Laurent et Boyer¹ en excluent l'application aux contrats synallagmatiques². Mais l'argumentation ne nous semble pas suffisante pour en exclure réellement l'application³.

¹ Op. cit., H. LAURENT et L. BOYER, Adages, n°452 p. 915.

² Pour ces auteurs, l'application de l'adage suppose un lien réel expliquent les auteurs, ce qui n'est pas le cas des contrats synallagmatiques où le lien est d'origine personnelle. Et les auteurs développent « *ce n'est pas sérieusement que l'on soutiendrait que la privation de la chose vendue serait l'onus de l'emolumentum représenté par le prix de la chose reçue en contrepartie. L'adage joue, donc, dans des situations réelles où l'emolumentum et l'onus procèdent tous deux directement de la res, entendue lato sensu* ».

³ Premièrement, le contrat peut être un bien (Contra BERLIOZ, *La notion de bien*, th. LGDJ, 2007, pour qui le contrat n'est pas un bien) puisqu'il peut circuler. Il s'incarne en cela dans sa prestation caractéristique, la circulation du contrat prenant la forme d'un transfert du droit à l'exécution future de la prestation caractéristique. C'est d'ailleurs pour cette raison (N. THOMASSIN, S. DUPLAN-MIELLET et M.-L. SAINTURAT, « Cession du droit au bail », *Rép. Dalloz* 2006, spéc n°340.09. Voir également J. FRANÇOIS qui parvient à la même observation, mais en sens inverse) que la jurisprudence exige parfois l'accomplissement des formalités de l'art. 1690 du Code civil pour rendre une cession opposable, essentiellement en matière de bail (Civ. 3, 10 mai 1989, *Loyers et cop.* 1989, n°336. Com. 10 mai 1989, n°87-17504, cassation pour violation de l'art. 1690 de l'arrêt d'appel qui estimait la cession du bail opposable au propriétaire car il en avait connaissance et avait encaissé des loyers). Deuxièmement, l'analogie utilisée par les auteurs est d'après nous déformée pour mieux être réfutée. L'emolumentum du contrat n'est pas le prix, mais la prestation caractéristique qui représente la valeur du contrat. C'est que les auteurs adoptent une acception étroite de l'emolumentum nécessairement représenté par une somme d'argent, alors que l'expression latine signifie, au sens large, le profit

La ventilation de la créance de prix en fonction de l'acceptation économique de la créance s'opère dès le stade de la cession de contrat, sur le plan de l'obligation à la dette. Nonobstant les dates d'échéances prévues au contrat, la dette juridique de prix se trouve ventilée entre le cédant et le cessionnaire à hauteur de l'acceptation économique de la créance née avant la cession de contrat sur la tête du cédant. Seule la portion de dette juridique de prix correspondant à l'acceptation économique non encore née au jour de la cession de contrat se trouve transférée sur la tête du cessionnaire.

Cependant cet ajustement a priori des modalités juridiques de la cession n'empêche pas un décalage de pouvoir survenir par la suite. À l'occasion de la cession de contrat, l'un des cocontractants successifs peut se trouver avoir payé le prix de la prestation exécutée au profit de l'autre.

Il en résulte que l'acceptation économique de la créance et sa fonction de remise en corrélation des charges et des produits interviennent *a priori* dès le moment de la cession de contrat sur le plan de l'obligation à la dette pour opérer une cession partielle de cette dernière (§1), mais peuvent également intervenir *a posteriori* sur le plan de la contribution à la dette lorsque l'un aura payé le prix de la prestation reçue par l'autre (§2).

§ 1 : A priori sur le plan de l'obligation à la dette

984. Le plan de l'obligation se définit du point de vue du créancier, de son droit de poursuite, il sert à déterminer si une personne est ou non exposée aux poursuites du créancier¹. Ce n'est pas toute la créance juridique de prix qui est cédée, mais uniquement la créance du prix afférente à l'exécution postérieure, exécution qui se retrouve dans l'acceptation économique de la créance de prix. Seule la portion de dette non encore née économiquement se trouve cédée au cessionnaire, car elle seule correspond à l'intérêt économique ayant motivé l'opération de transfert du contrat.

La créance juridique se retrouve ainsi réalignée sur le factuel qu'incarne la créance économique par le biais d'une cession partielle. La créance économique joue bien ici un rôle correcteur du droit impliqué par la survenance d'un événement précis, la cession de contrat. Celle-ci génère ou peut générer un décalage entre créance juridique et économique, le débiteur juridique n'est plus identique au débiteur économique, l'idéal juridique ne correspond plus à la réalité économique et doit tenir compte de ce bouleversement des prévisions initiales par l'opération de cession de contrat. Cette prise en compte se manifeste par la fonction de la créance économique, la remise des charges en face

(Le grand Gaffiot, dictionnaire latin français, p. 592), et non pas seulement l'émolument au sens d'une somme d'argent. C'est le prix qui constitue l'onus, la charge, de l'émolumentum, la prestation, et non pas l'inverse. Enfin, les auteurs se contredisent quant à la prétendue exigence d'un lien réel, à tout le moins quant à la nature du celui-ci, en rattachant l'adage à la théorie des risques en droit de la responsabilité. D'après eux, le responsable n'étant plus le fautif, mais celui qui exerce une activité, qui profite d'une activité économique et qui doit dès lors corrélativement en supporter les charges, parmi lesquelles sont assimilées les dommages subis par des tiers, la charge s'incarnant le plus souvent aujourd'hui dans une assurance professionnelle dont le coût est incorporé au prix de la chose produite ou du service fourni. Or, où est le lien réel en la matière, n'y a-t-il rien de plus personnel que les actions en responsabilité ? L'analogie et l'idée se comprennent, mais le lien réel ne peut que se situer dans l'activité économique elle-même, activité qui, juridiquement, prend la forme d'une succession de ventes, de biens ou de prestations de services, de contrats synallagmatiques. Nous ne voyons pas bien la différence ici avec une portion d'activité, la prestation au contrat, dont il faut supporter la charge, son prix.

¹ Vocabulaire CORNU.

des produits : celui qui bénéficie du produit que représente par la valeur générée par l'exécution de la prestation doit en supporter la contre-valeur qu'est le prix.

Si la créance économique du prix de l'exécution postérieure naît après la cession de contrat, il y a bien cession dans le cadre du transfert de contrat de la créance juridique de prix qui était née quant à elle dès le jour du contrat. La cession de la dette juridique de prix n'est que partielle et la quotité cédée se mesure à l'aune de la date de naissance de la créance économique.

985. Il existe une illustration édifiante en droit néerlandais où la loi consacre explicitement le mécanisme sus-visé. Il s'agit d'une forme de cession de contrat avec transfert de la dette de prix à hauteur de l'exécution postérieure uniquement. Le champ d'application du texte ne correspond certes pas à toute cession de contrat. Mais le mécanisme correspond bien à la vision que nous adoptons, une cession partielle de dette à hauteur du prix de l'exécution postérieure. Comme le concept de créance économique correspond temporellement à la date d'exécution de la prestation et sert à la ventilation temporelle du prix, le mécanisme explicité par le législateur néerlandais correspond bien à la présente proposition, une cession partielle de dette mesurée à l'aune de la date de naissance de la créance économique.

La cession partielle de la dette de prix se trouve par conséquent cantonnée au prix de l'exécution future à travers la seule cession de l'acceptation économique de la créance non encore née au jour de la cession de contrat (A). L'exemple de droit néerlandais corrobore le bien-fondé de cette analyse (B).

A. Cantonnement à l'exécution future mesurée par la créance économique

986 . Du fait de la protection de la créance qui tend à maintenir le gage du cédant, montrer la mesure du cantonnement de la cession à une quotité mesurée par l'acceptation économique de la créance se fait plus aisément en examinant ce que doit le cessionnaire après cession. Il est bien redevable du prix de l'exécution postérieure, de la créance économique de prix à naître. Mais il ne l'est pas du prix de l'exécution antérieure. La répartition de la dette de prix ne s'effectue pas par défaut sur la base de la date d'exigibilité prévue au contrat, mais selon la date de naissance de l'acceptation économique de la créance. Pour cette raison, le cessionnaire se trouve tenu du prix de l'exécution postérieure à la cession (1), mais il n'est pas tenu du prix de l'exécution antérieure à la cession (2), sans qu'il y ait lieu dans aucun des deux cas de tenir compte des dates d'exigibilité prévues au contrat.

1/ Le cessionnaire tenu du prix de l'exécution postérieure nonobstant la date d'exigibilité

987. Nous avons déjà abordé cette question en première partie dans le rejet de la thèse matérialiste. Il n'y a pas substitution pure de partie au rapport contractuel. Cédant et cessionnaire ne sont pas nécessairement tenus de payer les échéances prévues au contrat qui surviennent durant la période où

ils ont la position de cocontractant. La période comportant la cession de contrat se trouve ventilée. Ainsi, le cédant ne doit que le prix de l'exécution antérieure à la cession et dont il a bénéficié malgré un paiement exigible d'avance à terme à échoir qui recouvrirait une période correspondant au cessionnaire. Et le cessionnaire ne doit que le prix de l'exécution postérieure dont il a bénéficié malgré un paiement à terme échu et une échéance postérieure à la cession dont il aurait pu être redevable si elle n'avait pas été ventilée, et qui recouvrirait une période antérieure à la cession de contrat, ayant bénéficié à son prédécesseur.

988. Ainsi, dans un arrêt du 6 janvier 1998, alors que le paiement des redevances de crédit-bail était stipulé à terme à échoir, si bien qu'une échéance impayée due par le cédant recouvrait une période postérieure à la cession de contrat, la chambre commerciale de la Cour de cassation admet le recours du cocontractant contre le cessionnaire du contrat ayant repris l'entreprise. La Cour énonce « *qu'en cas de cession de contrats à exécution successive, le cessionnaire est tenu des créances correspondant à la période de jouissance postérieure à la date ainsi fixée, peu importe l'exigibilité de ces créances, antérieure à cette date* »¹.

Il est vrai qu'il s'agissait d'une cession légale. Cela ne change rien d'après nous. Cette cession légale permet de faire ressortir le véritable régime, plus précisément les véritables effets de la cession de contrat in abstracto. En matière de cession conventionnelle, ces effets sont en partie masqués par le maintien du cédant dans le lien d'obligation. Mais aussi, les cas sont moins fréquents et la jurisprudence moins fournie. Le droit des procédures collectives se pose donc ici en révélateur.

Il en irait d'après nous de même en matière de cession conventionnelle, avec ou sans décharge expresse du cédant. Dans tous les cas, le cocontractant cédé peut demander au cessionnaire le prix de la portion d'exécution postérieure alors même que le terme auquel elle correspond serait survenu avant la cession du contrat, au moment où le cédant était lié par le contrat.

En sens inverse, il apparaît normal qu'in abstracto, le cédant ne doive pas être poursuivi pour le prix de l'exécution postérieure à la cession de contrat. Pour montrer la portion de prix cédée, nous abordons ici la portion de prix non cédée.

2/ Le cessionnaire non tenu du prix de l'exécution antérieure nonobstant la date d'exigibilité

989. Si le cessionnaire est tenu du prix des prestations postérieures à la cession de contrat nonobstant leur exigibilité antérieure, il n'est par contre pas tenu de payer les « *prestations fournies* »² au cédant avant la cession, en l'espèce référencée, avant le jugement d'ouverture de la procédure ayant conduit au plan de cession et au transfert de l'entreprise et du contrat concerné à son acquéreur.

990. Il existe une exception prévue par les textes en matière de transfert du contrat de travail prévu par les articles L. 1224-1 et 1224-2 du Code du travail, anciennement L. 122-12 et L. 122-12-1.

¹ Com. 6 janv. 1998 n°95-15407 P, *JCP E* 1998, I, p. 654, M. CABRILLAC, *JCP G* 1998, I, 142, p. 1039, P. PÉTEL, *RTD civ.* 1998, 368, J. MESTRE.

² Com. 14 oct. 1997, n°95-10418, inédit.

L'article prévoit que « *Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification* ». Or ce texte constitue une exception prévue par simplicité et par faveur pour les salariés qui peuvent ainsi limiter leur recours contre leur employeur au jour où ils l'exercent. Mais le texte prévoit comme exception le cadre d'une procédure collective¹. En effet, la reprise de l'entreprise et la sauvegarde de l'emploi passent avant le confort des salariés, car mieux vaut diviser les recours entre les employeurs successifs et l'AGS que de perdre son emploi.

Pour montrer que c'est la règle prévue en droit des entreprises en difficultés qui s'applique et non pas la règle prévue en droit du travail, outre le bon sens et la logique, il est possible de relever la jurisprudence qui fait des articles L. 1224-1 et 1224-2 précités une exception particulièrement bien circonscrite. Ainsi, cette obligation légale du cessionnaire à l'égard des salariés est d'interprétation stricte et ne concerne que les salaires à l'exclusion des cotisations salariales dues à l'URSSAF². Autrement dit, c'est la seule créance de salaire qui est concernée à l'exclusion de toute autre dette qui gravite autour de l'existence et de l'exécution du contrat de travail.

Ainsi, la créance de prix de l'exécution se retrouve réparti entre les deux cessionnaires au contrat. La créance économique sert d'étalon à la ventilation de la créance juridique. La cession partielle de la créance juridique s'effectue pour le prix non économiquement né au jour du transfert du contrat. Le droit néerlandais comporte une illustration particulièrement intéressante du mécanisme décrit puisqu'elle est explicitement consacrée par les textes.

B. Un cantonnement légalement consacré en droit néerlandais

991. L'exemple abordé ici du droit néerlandais ne concerne que les cessions de contrats accessoires de celle d'un bien cédé. Mais les dispositions légales adoptées en la matière correspondent bien au raisonnement que nous exposons sur la base de l'acception économique de la créance et pourraient dès lors très bien s'étendre à toute cession de contrat.

L'exemple est intéressant au regard de la manifestation de la date de naissance des créances en droit français qui se trouve en l'espèce obscurcie par la transmission ou non de plein droit des créances. Il importe de savoir si les créances, les dettes les contrats sont transmis, car, comme il a été soulevé en matière de cession de contrat, une cession partielle de dette peut être travestie en naissance successive afin d'expliquer de façon séduisante le fait que le cessionnaire d'un contrat ou d'un bien soit tenu de ladite obligation.

992. Il existe à cet égard une dichotomie dont le bien-fondé pourrait un jour être remis en cause. Ayant la nature d'un bien et non pas d'une universalité de droit, **le fonds de commerce n'emporte**

¹ Par exemple, dans le cadre des procédures collectives, le nouvel employeur ne saurait être tenu paiement de dommages-intérêts dus au titre d'un manquement de l'ancien employeur (soc. 2 févr. 2006, n°04-40474, P), aux obligations de l'ancien employeur au titre des congés payés (soc. 9 oct. 1991, n°99-43217, P, soc. 1^{er} juill. 1992, n°91-44262 et 91-44264, P, soc. 19 févr. 1992, n°89-45112, P, soc. 6 févr. 1996 n°92-45013, inédit, soc. 9 oct. 2001 n°99-43217, P).

² Soc. 9 nov. 1995 n°93-21463, *Rev. de droit sanitaire et social* 1996, p. 355, G. VACHET.

pas cession de plein droit des contrats et des obligations qui lui sont attachés¹. Même le bail commercial doit faire l'objet d'une mention expresse ou d'une cession individuelle et n'est pas transféré automatiquement et simultanément en même temps que le fonds de commerce, alors même qu'il figure à son actif en tant que bien. L'une des conséquences en est par exemple que les marchandises livrées et facturées avant la cession du fonds de commerce ne peuvent être recouvrées contre le cessionnaire, ce malgré la considération qu'elles aient été transférées avec le fonds de commerce en tant que composante de celui-ci, au sein des stocks².

Cette solution de droit positif ne va pas nécessairement de soi. L'apport partiel d'actif fait application d'une solution radicalement opposée. Soumis au régime spécial des scissions, cet apport, considéré comme un transfert à titre universel, emporte de plein droit transfert de toutes les créances, dettes, contrats liés à la branche d'activité cédée. Autre preuve que la solution française concernant le fonds de commerce ne s'impose pas nécessairement, nos voisins suisses n'adoptent pas la même. L'article 181 du Code des obligations suisse hisse en effet l'entreprise au rang d'universalité de droit et prévoit son transfert en y incluant les biens, les créances et surtout les dettes. Le droit suisse se veut plus cohérent que le droit français à cet égard, car le dispositif mis en place est identique, qu'il s'agisse de la cession d'un fonds de commerce ou d'une fusion-scission en matière de sociétés³.

993. Concernant le transfert éventuel d'obligations ou de contrats accessoires à un bien, Olivier Deshayes⁴ nous fournit dans sa thèse un exemple particulièrement intéressant qui donne l'occasion de conclure en quelque sorte sur notre cession partielle de la dette de prix à hauteur de créance économique. M. Deshayes remarque que le principe posé en droit français reste la non-transmission des contrats passés à l'occasion de la chose⁵. Mais l'auteur observe que la problématique se trouve le plus souvent vidée de sa substance par la constatation d'un accord de volonté implicite tiré de la poursuite factuelle du contrat. Il découvre le fondement du principe de non-transmission dans les principes d'unité du patrimoine et d'indépendance des éléments qui le composent et propose alors de consacrer une transmission de plein droit des obligations souscrites à l'occasion d'un bien par l'adoption d'une vision purement fonctionnelle de celle-ci, le transfert s'opérant sous les conditions d'utilité et de neutralité de la transmission⁶. C'est dans ce but que M. Deshayes nous fournit l'exemple de l'article 6:251 al. 3 du nouveau Code civil néerlandais qui consacre une transmission de plein droit avec une forme de droit d'opposition.

¹ Com. 11 juin 1981, n°79-16748, P, D. 1982, IR, p. 527, A. AUDITET et C. LARROUMET, *RTD com.* 1982, 88, J. DERRUPPE, cassation des juges du fond considérant explicitement que ce dernier constitue une universalité de droit dont la transmission emporte transmission des créances et dettes y afférentes sans que l'accomplissement des formalités de l'article 1690 du Code civil ne soient nécessaires.

² Com. 13 janv. 2009 n°07-21380, inédit.

³ Un avis doit être adressé aux créanciers qui, contrairement à une reprise externe, ne sont pas parties et ne peuvent s'opposer à la substitution de débiteur en ne donnant pas leur consentement. Un dispositif est cependant prévu pour protéger les créanciers, le cédant se trouve solidairement tenu des dettes exigibles durant deux années, ce délai courant à compter de la date d'exigibilité de la dette pour celles non exigibles au jour de la cession du fonds de commerce.

⁴ O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant-cause à titre particulier*, th. LGDJ 2005, n°68 s.

⁵ Com. 24 juin 1997, *Déf.* 1998, 345, obs. MAZEAUD, l'absence de transmission d'un contrat d'alarme protégeant le bien transmis.

⁶ O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant-cause à titre particulier*, th. LGDJ 2005, n°241, 246 et s., 265.

994. L'article 6:251 al. 3 du nouveau Code civil néerlandais est ainsi rédigé :

« Lorsqu'il résulte d'un contrat un droit susceptible de transmission qui a un lien tel avec un bien appartenant au créancier que celui-ci n'a d'intérêt dans ce droit que tant qu'il conserve le bien, le droit se transmet à l'acquéreur à titre particulier du bien.

Lorsque le droit fait l'objet d'une contre-prestation convenue, l'obligation d'effectuer cette contre-prestation se transmet dans la mesure où elle porte sur la période postérieure à la transmission. L'aliénateur reste tenu envers l'autre partie, à côté de l'acquéreur, sauf dans la mesure où celle-ci, après la transmission, peut se libérer de son obligation par la résiliation du contrat, ou en y mettant fin, au cas d'inexécution de la contre-prestation.

Les dispositions des paragraphes précédents sont sans effet si l'acquéreur du bien adresse à l'autre partie au contrat une déclaration indiquant qu'il n'accepte pas la transmission du droit ».

L'article 6 :252 du même Code consacre l'existence d'une forme d'obligation réelle liée à un bien donné dès lors que le bien fait l'objet d'une inscription à un registre sur lequel ladite obligation est mentionnée. L'alinéa 4 de l'article traite de l'existence d'une éventuelle contrepartie financière prévue pour cette obligation réelle, telle une obligation de non-concurrence, qui peut avoir une contrepartie financière. Il est ainsi précisé la concernant, que, *« lorsque l'obligation fait l'objet d'une contre-prestation convenue, le droit à cette contre-prestation se transmet avec elle, dans la mesure où il porte sur la période postérieure à la transmission ».*

Se trouve ainsi condensé dans ces articles du Code néerlandais l'objet des démonstrations du présent chapitre. En premier lieu, d'après la lettre du Code, il y a **transfert des obligations, des dettes et des créances, et non pas naissance successive**. En second lieu, ce transfert n'est que **partiel**. En troisième lieu la partie transférée n'est autre que celle du **prix de l'exécution postérieure**. À la lumière du concept de créance économique proposé dans la présente étude, la créance juridique se trouve transférée au cessionnaire à hauteur de la créance qui n'est pas encore économiquement née. Cela est normal, car le transfert de contrat emporte le transfert de son utilité économique. La créance économique déjà née reste acquise au cédant.

995. Ainsi, au moment de la cession de contrat, la créance économique sert de mesure pour ventiler la partie de la créance juridique de prix non encore éteinte et, si besoin est, les échéances non encore payées qui n'en constituent que des termes d'exigibilité. C'est une distribution, une ventilation juridique a priori de la créance avec l'aide de l'outil de créance économique, en alignant le juridique sur l'économique. Cette ventilation a priori emporte des conséquences.

Le cocontractant inchangé, s'il est fournisseur de prestation, ne peut exiger contre le cessionnaire que le prix de la créance économique née après la cession de contrat, que le prix de l'exécution postérieure à la cession accomplie au bénéfice du cessionnaire, ce alors même qu'un terme du contrat postérieur à la cession engloberait une partie du prix de l'exécution antérieure. Autrement dit, la ventilation a priori de la créance juridique peut empêcher le cocontractant inchangé d'obtenir le

paiement intégral d'une échéance auprès du débiteur au jour de sa demande, il doit alors ventiler, diviser ses poursuites entre les deux titulaires successifs du contrat.

Inversement, en cas de libération conventionnelle expresse ou légale autoritaire du cédant, le cocontractant inchangé ne pourra obtenir le paiement d'une échéance impayée antérieure à la cession qui recouvrerait une partie de la période postérieure. Il ne peut exiger auprès du cédant le paiement de la créance économiquement née après. Il doit donc là encore ventiler ses poursuites.

Dans cette dernière hypothèse, lorsque le cédant reste tenu malgré la cession de contrat, alors il se retrouve tenu de payer une échéance qui intéresse en réalité le cessionnaire. Si la cession de contrat ne stipule rien sur le sujet, la situation apparaît inéquitable. C'est sans compter le fait que la créance économique survit au paiement, à l'extinction de la créance juridique. Sa fonction se manifeste donc alors même que le créancier se trouve désintéressé. Il y a passage ici sur le plan de la contribution à la dette. Après accomplissement de la fonction de la créance juridique qui n'est autre que le désintéressement du créancier, il convient de s'assurer au moyen de l'acceptation économique de la créance que la charge du paiement de cette dette repose bien sur la bonne personne, à savoir sur celle ayant perçu le profit corrélatif. Si tel n'est pas le cas, un recours contributoire est ouvert au cédant contre le cessionnaire pour la dette économiquement née sur la tête du cessionnaire, mais payée par le cédant. Dans la mesure où le cédant a payé en tant que débiteur solidaire non intéressé à la dette, le fondement de ce recours contributoire sera l'article 1251-3° du Code civil comme il a été exposé au sujet des vecteurs légaux de la fonction de la créance économique. Nous abordons maintenant la mise en œuvre *a posteriori* sur le plan de l'obligation à la dette de la créance économique et de sa fonction.

§ 2 : A posteriori sur le plan de la contribution à la dette

996. La contribution à la dette se définit comme la part que doit supporter chacun, dans une charge incombant à plusieurs, ou comme la répartition entre les coobligés de la charge définitive d'une dette commune ou encore comme la part que chaque coobligé doit assumer personnellement dans la charge définitive de la dette¹. La **charge** se définit comme le devoir d'assumer en définitive une dette, sur le plan de la contribution². Ces définitions demeurent assez peu précises. La contribution à la dette se définit par la charge et la charge par la contribution à la dette. Finalement, c'est essentiellement l'adjectif « définitive » qui se trouve le plus porteur de sens. Il implique que l'extinction par le paiement de la dette n'est pas la fin pour autant de la mise en œuvre du droit subjectif qu'elle constitue.

Le paiement n'a en réalité pas réellement éteint l'intégralité de la dette. Une partie s'est trouvée transmise par le biais d'un cas de subrogation légale fondée sur l'article 1251-3° du Code civil, la partie pour laquelle la personne l'ayant éteinte n'était pas intéressée à la dette.

Après la mise en œuvre du concept d'obligation au sens classique, la créance juridique, il peut être nécessaire de mettre en œuvre un correcteur d'équité, parmi lesquels l'acceptation économique de la

¹ Ibid.

² Ibid.

créance dans sa fonction de corrélation des charges et des produits, lorsque la situation entre dans son domaine l'exige. Alors la charge définie précédemment correspond au concept de créance économique, de dette économique plus exactement. Son procédé correcteur consistera à la remettre en face de son produit corrélatif, conformément à la fonction de la créance économique, conformément à l'adage de droit canon, d'après lequel la charge va là où se trouve le produit. La créance économique se veut ici l'outil du recours récursoire en cas d'asymétrie des charges et des produits. Dans le cas d'une cession de contrat, cette asymétrie se produit lorsque l'un des partenaires à la cession de contrat paie le prix de l'exécution dont a bénéficié son partenaire sans que l'éventuel contrat de cession n'ait prévu quoi que ce soit.

La loi prévoit parfois un recours subrogatoire pour à l'occasion d'un transfert de contrat légalement organisé, mais, s'agissant d'un mécanisme naturel (A), il doit être étendu à toutes les situations (B).

A. Un recours subrogatoire parfois légalement prévu

997. Il conviendra de présenter le texte et sa mécanique (1) avant de l'illustrer par un cas d'application jurisprudentielle et son analyse (2).

1/ Le recours récursoire du nouvel employeur contre son prédécesseur

998. Nous avons déjà rencontré les articles L. 1224-1 et L. 1224-2 du Code du travail, anciennement L. 122-12, qui traitent du transfert des contrats de travail au repreneur de l'activité. Le second article prévoit une solidarité légale du repreneur cessionnaire des contrats avec le cédant pour les *« obligations qui incombent à l'ancien employeur »*, ce par faveur et confort pour les salariés.

Mais l'article précise in fine que *« le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification »*, sauf prise en compte de la charge dans la convention liant les employeurs successifs, l'absence d'une telle convention constituant un cas de dispense de la solidarité du nouvel employeur avec l'ancien¹.

Le nouvel employeur dispose d'un recours récursoire contre l'ancien, car il ne doit pas assumer la charge d'un travail dont il n'a pas bénéficié. Il s'agit bien d'un cas de mise en corrélation des produits et des charges.

¹ C'est la deuxième exception avec celle du plan de cession dans le cadre d'une procédure collective. Il peut s'agir par exemple de la décision unilatérale d'une administration de mettre fin à une concession de service public pour l'attribuer à une nouvelle personne. Il n'y a d'accord entre personne, mais le personnel suit malgré tout.

2/ Analyse en recours subrogatoire du recours du nouvel employeur contre son prédécesseur

999. Nous pouvons citer comme exemple jurisprudentiel un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 18 septembre 2007. Il s'agissait du transfert d'un fonds de commerce, l'acquéreur agissait contre son auteur pour restitution d'une partie des salaires payés correspondant à une période antérieure à la reprise. Le pourvoi est rejeté avec substitution de motifs, « *le nouvel employeur, tenu de payer les créances salariales exigibles après le transfert (...) peut (...) obtenir le remboursement par l'ancien employeur de la part correspondant au temps pendant lequel les salariés ont été au service de ce dernier* »¹. De façon similaire, la chambre sociale de la Cour de cassation rejette dans un arrêt du 2 février 1984 le pourvoi contre l'arrêt ayant condamné l'ancien employeur à rembourser au nouveau des droits acquis au titre des congés payés². L'argumentation de la CA était intéressante, elle remarquait que l'ancien employeur s'était ainsi enrichi sans cause au détriment de son successeur, or nous avons déjà observé précédemment la parenté de l'institution de l'enrichissement sans cause avec la fonction de mise en corrélation des charges en face des produits. Il en va de même pour la prime de 13^{ème} mois ou une prime d'ancienneté qui peut faire l'objet d'un recours contre l'ancien employeur pour la portion de travail antérieur à la reprise³.

Le fondement de la Cour d'appel n'était cependant pas approprié. Si l'enrichissement sans cause et la remise des charges en face des produits ont pour ancêtre commun le principe romain selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement au détriment d'autrui, il n'y a pas identité de mécanisme pour autant. Comme il a déjà été observé, l'enrichissement sans cause crée une obligation là où il n'y avait rien auparavant. Au contraire, la fonction de remise des charges en face des produits ventile une obligation préexistante.

Il existait dans cette affaire un fondement légal autonome. Toutefois, nous pouvons préciser que ce fondement autonome constitue l'expression particulière d'un recours récursoire subrogatoire et non pas personnel. Il s'ensuit que dans son recours contre son prédécesseur le nouvel employeur dispose des qualités d'une créance salariale, le paiement au salarié ayant opéré un transfert subrogatoire de la créance et non pas une simple extinction pure et simple.

¹ Com. 18 sept. 2007, n°05-14618, P.

² Soc. 2 févr. 1984, n°82-10118, P (voir également du même jour, n°82-17037, P). Les congés payés avaient fait l'objet d'hésitations jurisprudentielles. Un arrêt antérieur était en sens contraire, décidant que le droit aux congés payés naît lors de l'ouverture de la période des congés payés (soc. 8 juill. 1980, n°79-11426, P). La solution était de toute évidence erronée. La problématique de la date de naissance de cette créance est sans lien avec la dualité de la créance, juridique et économique. Créance légale, le droit aux congés payés naît au jour de son fait générateur, le travail. Mais le critère de certitude de la créance, qui correspond à son existence, apporte la réponse. À partir du moment où le travail est effectué, le droit aux congés payés est définitivement né, avant même la période d'ouverture desdits congés, celle-ci n'en constituant que l'exigibilité. Preuve en est qu'il peut y avoir exigibilité anticipée en cas de départ du salarié de l'entreprise avant l'ouverture de la période de congés payés, leur paiement s'effectuant alors sous la forme d'une indemnité de congés payés. La naissance au fur et mesure du travail et l'obligation de rembourser du prédécesseur a depuis été confirmée, Soc. 9 oct. 1991, n°99-43217, P, Soc. 1^{er} juill. 1992, n°91-44262 et 91-44264, P, Soc. 19 févr. 1992, n°89-45112, P.

³ Soc. 8 nov. 1988, n°85-067, n°85-069, et n°85-070, P, pour la prime de treizième mois ou la cours relève que, si le nouvel employeur doit la payer, cela « **n'exclut pas le recours** » contre l'ancien « *pour la fraction d'indemnité correspondant au temps pendant lequel les salariés avaient été au service de celle-ci* ». Soc. 28 mars 1989, n°86-42046, P, pour une prime d'ancienneté avec des motifs similaires.

Cela découle du mécanisme général de remise des charges en face des produits. Cette fonction de la créance économique, à la différence d'un cas d'enrichissement sans cause, ne peut pas faire naître une obligation nouvelle, mais opère une redistribution d'une obligation payée, le paiement engendrant dès lors le transfert subrogatoire de la dette dans la mesure de la créance économique.

Il ne s'agit là que de l'expression particulière d'un recours plus général que nous avons déjà vu à l'occasion des vecteurs légaux, le recours subrogatoire du codébiteur solidaire non intéressé à la dette qui s'applique ici de façon extensive, notamment lorsqu'aucun texte ne prévoit spécifiquement un tel recours.

B. L'admission d'un recours subrogatoire même non légalement prévu

1000. Un autre exemple de gestion par la loi d'un transfert de contrat existe sans toutefois que les textes ne prévoient de recours récursoire pour s'assurer de la mise en corrélation des produits et des charges. Cette corrélation doit malgré tout s'appliquer (1), car un recours récursoire existe en matière de cession de contrat dans tous les cas où l'un des cocontractants paie le prix de la prestation ayant bénéficié à l'autre sans que la convention de cession de contrat ne le prévoie (2)

1/ L'illustration du contrat d'assurance au transfert aménagé par la loi

1001. L'article L. 121-10 du Code des assurances prévoit le transfert du contrat d'assurance de chose en cas de cession de la chose assurée. L'alinéa 3 dispose qu'en « *cas d'aliénation de la chose assurée, celui qui aliène reste tenu vis-à-vis de l'assureur au paiement des primes échues, mais il est libéré, même comme garant des primes à échoir, à partir du moment où il a informé l'assureur de l'aliénation par lettre recommandée* ».

1002. Laurent Aynès en déduit que « *l'acquéreur de la chose assurée n'est-il pas personnellement débiteur que des primes à échoir au moment de l'aliénation, l'aliénateur demeurant seul débiteur des primes échues, même s'il s'agit d'une prime de l'année en cours, payable d'avance* »¹, ménageant cependant l'exception d'une convention entre les propriétaires successifs du bien assuré qui en disposerait autrement. Le contrat d'assurance étant un contrat à échéance annuelle payable à terme à échoir, en début de période, en cas de survenance de la notification dans l'intervalle, le vendeur devrait pour l'auteur seul, acquitter et supporter définitivement le poids de l'intégralité de l'échéance. Si l'échéance intervient au 15 avril pour un an et que le bien est vendu le 20, alors le vendeur paie une année d'assurance, mais ne bénéficie que de 15 jours de couverture puisqu'au-delà le bien ne lui appartient plus. Une telle solution est inéquitable comme le soulève Monsieur Audebrand dans sa thèse.

¹ L. AYNÈS, *La cession de contrat*, th. op. cit., n°189, citant PICARD et BESSON n°240.

1003. L'absence d'aménagement légal spécifique n'empêche pas la créance économique et sa fonction de mise en corrélation des charges et des produits de jouer leur rôle. Le vendeur disposera d'un recours récursoire pour toute la période de couverture payée par lui et postérieure au jour de la vente, si nécessaire en ventilant *prorata temporis* une échéance dont le paiement avait été assumé par lui, à moins bien évidemment que la convention ne prévoise d'autres modalités d'aménagement.

Cette solution a d'ailleurs été consacrée par un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 25 janvier 1972 où la cour énonce au sujet de l'article L. 121-10 al. 3 que « *ce texte ne concerne que les rapports entre vendeur et assureur* »¹ pour expliquer qu'il ne fait pas obstacle à ce que ledit vendeur demande à l'acquéreur le remboursement d'une fraction de la prime.

Il est possible de préciser que le recours récursoire en question est un **recours subrogatoire** qui peut d'après nous se fonder, soit sur l'article 1277 du Code civil, soit sur l'article 1251-3° du Code civil. Ce recours ne crée pas une obligation nouvelle. Il se base sur la créance existante dont le paiement n'a pas opéré sa complète extinction, mais a emporté le transfert partiel de la dette du prix de la prestation à laquelle le *solvens* n'était pas intéressé, dont il n'a pas perçu la contre-prestation.

2/ La généralisation à tout décalage consécutif de toute cession de contrat

1004. Il en va de même dans **tout autre schéma** constitutif d'une cession de contrat. Le cédant qui paie une échéance antérieure le fait parce qu'il est tenu en vertu du contrat. S'il est amené à payer une échéance postérieure en cas de carence du cessionnaire, c'est en vertu du régime général de la cession conventionnelle de contrat qui fait de lui un garant solidaire. Dans ces deux hypothèses, par l'effet de la cession, il devient codébiteur solidaire non intéressé à la dette. Il le devient certes rétrospectivement dans le premier cas, mais nous avons pu relever que la jurisprudence était extensive en matière des cas d'ouverture à recours subrogatoire fondé sur l'article 1251-3°. Ce *solvens* ne doit pas supporter la charge totale de la dette payée. Le prix de l'exécution postérieure doit être supporté par celui qui en a reçu le produit constitutif, par le bénéficiaire. L'acception économique de la créance joue donc ici a posteriori pour rétablir l'équité économique objective par le biais d'un recours récursoire fondé sur l'article 1251-° du Code civil.

Le lien de droit n'est pas nouveau. Le paiement a simplement emporté extinction partielle à hauteur de la dette économiquement née avant le transfert de contrat, mais transfert subrogatoire partiel à hauteur de l'acception économique de la créance née après le transfert de contrat, à la charge du cessionnaire.

1005. Il en va de même lorsque le cessionnaire paie une échéance postérieure recouvrant une période d'exécution antérieure à la cession. Alors deux vecteurs légaux sont envisageables pour le recours subrogatoire subséquent mettant en œuvre la créance économique et sa fonction de corrélation des produits et des charges dans le cadre des recours récursoires subrogatoires.

¹ Civ. 1, 25 janv. 1972, n°70-12170, P.

La cession partielle de la dette de prix permet au créancier de poursuivre le cessionnaire pour la portion de prix afférente à une exécution postérieure quand bien même l'échéance la concernant aurait été antérieure.

Mais lorsque qu'une échéance postérieure recouvre une période antérieure, le créancier devrait pouvoir en recouvrer la totalité contre son nouveau cocontractant, le cessionnaire, ce en vertu de l'application conjuguée du transfert du rapport contractuel et du fait que le créancier ne doit pas être contraint de diviser ses poursuites. Suivant cette analyse, la cession de contrat impliquerait que le cessionnaire soit codébiteur solidaire du cédant pour toute échéance postérieure quand bien même elle serait afférente à l'exécution d'une période antérieure. Le cédant et le cessionnaire sont donc nécessairement codébiteurs solidaires du prix de la période d'échéance au cours de laquelle est intervenue la cession de contrat. Suivant cette analyse, le cessionnaire dispose alors pareillement du recours du codébiteur solidaire non intéressé à la dette de l'article 1251-3° pour la portion d'échéance payée par lui afférente à une exécution antérieure à la cession de contrat effectuée au profit du cédant.

Quand bien même cette analyse ne serait pas suivie, quand bien même le cessionnaire payant une échéance postérieure afférente pour partie à une période antérieure ne serait pas considéré comme tenu à la dette en tant que codébiteur solidaire, il devrait malgré tout disposer du recours accordé au *solvens* ayant payé la dette d'autrui contre l'accipiens intellectuel, en l'occurrence le cédant débiteur de la portion de dette payée. Or nous avons vu que ce recours consacré par la jurisprudence et fondé sur l'article 1277 du Code civil constituait une application particulière du principe de corrélation des produits et des charges et devait donner lieu à un recours subrogatoire et non pas personnel. En effet, la créance économique n'est pas un droit subjectif personnel, elle n'est pas une seconde créance. Elle n'est qu'une autre acception de la créance juridique, une acception économique. Pour cette raison elle ne peut fonder qu'un recours récursoire subrogatoire utilisant la créance juridique payée et non pas un recours récursoire propre créant une nouvelle créance juridique.

Conclusion de section, la créance économique comme mesure de la quotité cédée :

1006. Si la cession de contrat constitue un schéma fonctionnel de la créance économique, c'est parce qu'elle met systématiquement en œuvre cette dernière et sa fonction de remise en corrélation entre les produits et les charges.

La cession de contrat emporte le transfert automatique des créances et des dettes principales prévues au contrat. Ces créances représentent en effet le cœur du contrat. Mais cette cession ne s'opère cependant pas sans mécanisme d'ajustement. L'ajustement se fait automatiquement pour la créance de prestation caractéristique puisque ce qui est exécuté ne le sera plus et seul ce qui est à exécuter au jour de la cession le sera au profit du cessionnaire. Mais l'ajustement ne se fait pas aussi mécaniquement pour la cession partielle de la créance de prix. Celle-ci fait l'objet *ab initio*, au moment de la cession de contrat, d'une ventilation fondée sur la créance économique, afin d'ajuster l'idéal initial de la créance juridique sur le réel prévisionnel, au jour de la cession de contrat. Chacun se voit alors ventiler la dette de prix correspondant à la prestation dont il a bénéficié ou bénéficiera et ne pourra en principe se voir poursuivi que pour cela.

Cette rectification de la situation juridique née du contrat n'empêchera pas des décalages de se produire, soit en vertu de la loi qui peut exiger du cessionnaire d'assumer le paiement des dettes du

cédant à l'égard du cocontractant, soit en vertu du droit commun de la cession conventionnelle de contrat qui conserve le cédant dans le lien d'obligation en tant que garant solidaire non intéressé à la dette en vertu de la protection de la propriété des créances qui interdit d'altérer la substance, le gage de cette dernière, sauf le cas d'un intérêt supérieur proportionné au sacrifice ou d'une libération expresse par le créancier du cédant débiteur initial. Survivant au paiement fonction de la créance juridique, la fonction correctrice de la créance économique ici étudiée a également vocation à s'appliquer a posteriori, une fois le créancier désintéressé, au stade des recours récursoire. La fonction de la créance économique s'y exprime alors sous la forme d'un recours subrogatoire à hauteur de la portion de prix payé par l'une des parties à la cession de contrat, mais qui correspond à l'exécution accomplie au profit de l'autre.

Conclusion de chapitre, le schème fonctionnel de la cession de contrat :

1007. Articuler le mécanisme de la cession de contrat autour de la naissance successive de la créance de prix comportait à la réflexion une part de vérité. Mais le mécanisme repose sur la naissance successive de la créance économique de prix et non pas de la créance juridique. La créance juridique de prix naît quant à elle instantanément au jour du contrat, mais la cession du contrat emporte automatiquement son transfert à mesure de la créance économique non encore née au jour de la cession, à mesure du prix de l'exécution postérieure. Anachronique et inexact, le principe d'incessibilité n'est plus un obstacle à voir dans la cession de contrat une cession des créances et dettes principales nées du contrat, ce en plus du transfert de position contractuelle. La cession de ces créances et dettes est simplement partielle et fonction de la créance économique.

1008. L'exécution de la prestation caractéristique postérieure à la cession de contrat fait naître la dette économique de prix sur la tête du cessionnaire. En l'absence d'intention libérale, cette naissance de la créance économique indique que la charge du prix doit reposer sur ce dernier. En raison de cette naissance prévisible de la dette économique sur la tête d'une autre personne, la créance juridique se trouve ventilée temporellement et cédée en fonction de son acception économique à naître. Si malgré cette cession une autre personne que celle sur laquelle la charge du prix doit reposer s'acquitte du prix, alors un mécanisme de recours récursoire subrogatoire s'actionne pour que soit respectée l'équité objective de corrélation entre les produits et les charges, que la charge de la dette de prix aille là où se trouve le produit issu de l'exécution de la prestation caractéristique prévue au contrat.

1009. Le décalage entre débiteur juridique et débiteur économique justifie le principe de corrélation entre les produits et les charges usant de la créance économique, car veiller à son respect permet une remise en corrélation lorsque celle-ci est menacée ou perdue. Or, la création de ce décalage représente la fonction de la cession de contrat dans le système de droit privé. Pour cette raison, la cession de contrat peut être vue comme un **schème fonctionnel** de la créance économique. Elle représente un modèle de situation dans lequel la nécessité d'utiliser la créance économique se manifestera systématiquement.

L'explication peut utiliser une approche différente. Il a été vu que le domaine de la cession de contrat touchait tout contrat dont la prestation caractéristique n'est pas totalement épuisée. Cela implique qu'est cessible tout contrat dont la créance économique n'est pas encore totalement née, car l'intérêt

d'une cession de contrat est justement de la faire naître au profit d'un cessionnaire, qu'il bénéficie des avantages économiques, de la valeur future générée par le contrat. Pour cette raison, la cession de contrat représente donc la situation type dans laquelle il sera fait appel à la fonction de la créance économique, afin de s'assurer d'un maintien de l'équité objective dans le cadre de la cession de contrat, que celui qui bénéficie du produit généré par l'exécution de la prestation en assume bien la charge du prix corrélative.

Conclusion de titre, fonction de la créance économique :

1010. Dans le premier titre dédié à l'étude du concept de créance économique, il a été notamment vu que celle-ci incarne les produits et les charges en droit. Les produits et les charges ne sont pas des créances juridiques, ils représentent la vision économique de celle-ci, ce sont des créances économiques. La fonction de cette créance économique en droit, son utilité première, consiste à veiller au maintien de la corrélation entre les produits et les charges. En effet, le droit subjectif personnel ne prend pas en compte de telles considérations économiques dans son existence ou son extinction. Le maintien d'une équité objective implique pourtant de les prendre en compte. Pour cette raison, le concept de créance économique permet de corriger l'application normale du concept de créance juridique qui ne vise qu'à son extinction par la satisfaction du créancier.

1011. La mise en œuvre de cette fonction et l'utilisation de la créance économique peuvent se fonder sur l'adage de droit canon « ubi emolumentum ibi onus » d'après lequel la charge va là où se trouve le produit. D'autres fondements plus lointains ont pu être trouvés ainsi que des vecteurs légaux plus opérants, car techniquement plus précis et circonscrits. Cet adage a néanmoins l'avantage de coller à la créance économique et à sa fonction dans son explicitation. Comme il a été vu en droit comptable et fiscal par le renouvellement du fondement de l'utilisation du concept de créance économique dans ces domaines, celle-ci permet une ventilation temporelle de la créance juridique à partir d'un critère suffisamment objectif et sécurisant, l'exécution matérielle, réelle et concrète. Cette fonction de la créance économique ainsi que ses fondements se retrouveront pour tous les cas d'utilisation de la créance économique qui forment son domaine. Il ne sera néanmoins pas nécessaire d'y revenir.

1012. Il est un domaine particulier que nous avons choisi d'étudier à l'occasion de cette fonction de la créance économique, car il constitue un **schème** permettant de faire le lien entre la fonction et le domaine, c'est la cession de contrat. L'identification du domaine de la créance économique constitue l'objectif principal poursuivi. Cette identification permettra seule de restaurer la cohérence du système de droit privé en matière de date de naissance de la créance en déterminant quelles sont les règles de droit qui mettent en œuvre la créance juridique et quelles sont celles qui mettent en œuvre la créance économique et incidemment quelle date de naissance de la créance il convient d'utiliser.

Comme il a été observé dans l'étude du concept de créance économique, celui-ci n'est visible que dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, car alors seulement une dichotomie des dates de survenance des acceptions juridique et économique de la créance apparaît. C'est dans toute la largeur de ce cadre que la cession de contrat s'applique. Peut être cédé tout contrat dont la prestation caractéristique n'est pas entièrement exécutée, dont la créance économique n'est pas totalement née. Le changement de partie au contrat nécessite de mettre en œuvre le concept de

créance économique afin de modifier la situation juridique antérieure et de nuancer l'application ordinaire des droits subjectifs personnels.

1013. Mais il est un autre cas qui correspond à l'application de la créance économique et qui colle parfaitement au schème de la cession de contrat, le régime des **contrats en cours en droit des entreprises en difficultés**. Il a été vu que le régime des contrats en cours impliquait que le prix de l'exécution postérieure soit privilégié, d'où la corrélation avec la créance économique appliquée en droit des entreprises en difficulté pour identifier les créances bénéficiant du privilège de procédure. Toute cession de contrat implique l'utilisation de la créance économique et de sa fonction. Or, les contrats pouvant faire l'objet d'une cession sont des contrats en cours. **Les domaines de la cession de contrat et de la continuation des contrats en cours coïncident. Le seul point de divergence réside dans l'événement qui déclenche l'utilisation de l'acception économique de la créance : c'est le changement de débiteur dans la cession de contrat, tandis que c'est l'ouverture d'une procédure collective chez le débiteur dans le régime des contrats en cours du droit des entreprises en difficulté.**

Il suffit donc de monter d'un cran dans le degré d'abstraction pour entrevoir le domaine d'application de la créance économique : la créance économique est utilisée chaque fois qu'une modification intervient en cours d'exécution du contrat, une modification de telle nature qu'elle nécessite l'altération, la modification, ou le nuancement des créances juridiques antérieurement nées. De la fonction, il convient à présent de passer à l'étude du domaine de la créance économique, déjà partiellement esquissé, mais dont il convient de parfaire les contours.

TITRE 3 : Domaine de la créance économique

1014. Le domaine d'application de la créance économique a déjà été esquissé tout au long des développements sur la notion et sur la fonction de la créance économique. À ces occasions, il a été mis en évidence l'utilisation de l'acceptation économique de la créance en droit comptable ainsi qu'en droit fiscal pour rattacher les produits et les charges à un exercice donné afin de dresser les comptes sociaux et d'imposer les bénéfices réalisés au cours de l'exercice. Le droit fiscal faisait aussi application de l'acceptation économique de la créance pour déterminer l'assiette d'imposition de la taxe sur la valeur ajoutée. À l'occasion de la fonction de la créance économique, il a été mis en évidence que celle-ci pouvait constituer l'un des outils permettant la mise en œuvre de recours subrogatoires, afin de ventiler la charge d'une dette entre les personnes devant la supporter. Le domaine de la cession de contrat fut également abordé précédemment dans le cadre de la fonction, car il constitue un schème reliant la fonction et le domaine. L'acceptation économique de la créance doit intervenir chaque fois qu'une modification structurelle du patrimoine intervient chez l'une des parties d'un contrat en cours, car la créance relie aujourd'hui sur un certain plan davantage des patrimoines que des personnes, ce d'autant plus que la notion de patrimoine d'affectation fut récemment consacrée à l'occasion de la fiducie et de l'EIRL.

1015. L'acceptation économique, eu égard à sa fonction de remise des charges en face des produits, permet de ventiler la créance juridique de prix d'un bien ou d'un service en fonction de sa date de naissance économique, en fonction de la date d'exécution de la contreprestation. Alors une portion de la créance juridique se verra appliquer un régime plus favorable. Il n'y a qu'une seule et même créance du point de vue de l'existence du concept de créance lui-même, la créance juridique en tant que bien et en tant que lien, dont la vocation n'est autre que son extinction par son exécution. Mais du point de vue du régime qui pourra lui être appliqué, tout se passe alors comme s'il y avait plusieurs créances. C'est la ventilation d'une même créance sur plusieurs régimes différents qui crée cette impression. Cependant, il convient de prendre garde à l'illusion, l'application d'un régime différent à des portions différentes d'une créance ne signifie pas pluralité de créances, mais ventilation d'une créance en plusieurs régimes. Il n'y a qu'une seule créance. Mais celle-ci peut se voir appliquer plusieurs régimes différents par une ventilation en fonction de la date de naissance de son acceptation économique.

Il ne sert à rien d'invoquer l'indivisibilité de la créance. Sur le plan pratique, celle-ci n'a pas beaucoup de sens eu égard à une dette de monnaie. Quel débiteur refusera un paiement partiel au motif qu'il peut le refuser, car il est en droit d'exiger un paiement intégral ? Aucun. Mieux vaut accepter un paiement partiel que de prendre le risque de ne rien recevoir du tout au final¹.

Sur un plan plus juridique, il existe de nombreuses de situations aperçues où la créance juridique se trouve ventilée en plusieurs régimes différents selon d'autres critères que sa naissance économique. Or, dans ces hypothèses, personne ne remet en cause l'unité de la créance du fait de sa pluralité de régime. Par exemple, la créance juridique, si elle est une sur le plan de l'obligation à la dette, elle pourra se trouver ventilée sur le plan de la contribution à la dette. La créance de salaire se verra

¹ Comme le dit le dicton, « *un tien vaut mieux que deux tu l'auras* ».

attribuer un régime différent selon ses tranches, insaisissable pour une partie, saisissable pour l'autre. En droit des régimes matrimoniaux, la créance unique d'indemnité d'un époux sera ventilée dans son régime, qualifiée de créance commune pour sa portion qui correspond à la compensation d'une perte de revenus, qualifiée de propre pour sa portion qui correspond à la réparation d'un préjudice strictement personnel, corporel ou d'agrément. De même, la créance de réparation d'un préjudice corporel devra aujourd'hui être ventilée selon les chefs d'indemnisation qu'elle recouvre afin de déterminer si les caisses d'indemnisation, sécurité sociale, mutuelles, compagnies d'assurances, disposent d'un recours subrogatoire sur tout ou partie de l'indemnité au titre des versements qu'elles ont elles-mêmes déjà effectués à la victime. Certains chefs de préjudice strictement personnels sont en effet exclus de tout recours subrogatoire et ainsi exclusivement réservés à la victime.

La ventilation de la créance donne déjà en soi l'illusion d'une pluralité de créances. Cette illusion se trouve renforcée lorsque cette ventilation s'opère sur la base de l'acceptation économique de la créance, car on utilise un critère de date de naissance d'une créance pour opérer la ventilation. Cela génère une forte impression d'une pluralité de créances. Ce n'est pas la créance juridique qui est plurale. C'est son acceptation économique qui permet sa division et sa ventilation.

Le droit des entreprises en difficulté constitue un bon exemple de ventilation. La créance juridique de prix peut naître pour le tout avant l'ouverture de la procédure collective. Mais la portion de créance correspondant à l'exécution d'une prestation postérieure à l'ouverture de cette procédure procure une qualité particulière à cette portion du prix, car celle-ci a servi à alimenter la procédure, à faire vivre une entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire. La portion de prix correspondant à une exécution postérieure se trouve donc affranchie de la discipline de la procédure du fait de cette qualité et la loi prévoit même que cette portion éventuelle de prix bénéficie d'un paiement prioritaire aujourd'hui constitutif d'un véritable privilège. Nous retrouvons dans cet exemple la fonction de remise des charges en face des produits. Les prestations fournies durant la procédure constituent des charges de la procédure et doivent à ce titre être incorporées à cette dernière, reposer sur celle-ci. A contrario, ce ne sont pas des charges antérieures à la procédure, des charges figées par l'ouverture de la procédure. Nous retrouvons à travers cette application de la corrélation des charges et des produits l'ancienne distinction entre les créances de la masse et dans la masse. La prestation fournie durant la procédure est une charge de la procédure affranchie en tant que telle de la discipline de cette dernière, tandis que la prestation qui avait été fournie avant est une charge dans la procédure, incorporée au patrimoine cristallisé par l'ouverture de la procédure collective. Une portion de créance reste figée, celle correspondant à l'acceptation économique née antérieurement. Une autre ne l'est pas, celle correspondant à l'acceptation économique née postérieurement et ayant économiquement été utile pour le redressement ou la liquidation.

1016. Sous le vocable de **régime de la créance**, il est possible d'incorporer également le **gage dédié à son paiement**. Une portion de créance peut se voir octroyer un supplément de gage eu égard à des considérations diverses parmi lesquelles se trouve l'acceptation économique de la créance. Par exemple, les dettes nées pendant le mariage ont accès à un gage spécifique, la communauté légale, gage auquel ne donnent pas accès les dettes propres de l'un des époux. La qualification de la dette en propre ou commune emporte l'application du régime correspondant dont l'une des composantes majeures réside dans l'accès ou non au gage constitué par la communauté légale. Nous verrons que le

critère de date de naissance de la créance fait ici en réalité application davantage de l'acception économique de la créance. La créance juridique naît une et entière sur l'époux l'ayant contracté, mais l'acception économique de la créance sert à déterminer si la dette peut ou non bénéficier de l'accès au gage de la communauté légale, voire dans quelle mesure elle le peut.

1017. Un point permet de pressentir qu'il ne peut pas s'agir, en matière de communauté légale, de la créance au sens strict de la créance juridique, point que nous avons déjà abordé. On parle couramment de créanciers de la communauté légale ou des masses propres. On parle même de la communauté légale qui serait créancière des masses propres. C'est en vérité impossible, car la communauté légale n'est **pas dotée de la personnalité juridique**. Or, pour qu'il y ait créance, il faut bien qu'il y ait un créancier, une personne, ainsi qu'un débiteur, une autre personne, au sens juridique du terme, à savoir une entité dotée de la personnalité juridique. La communauté légale est dotée par la loi d'une certaine autonomie¹, présentée comme une « *masse* »² ou comme une « *indivision sui generis* ». Elle n'est cependant pas une personne. Il en va d'ailleurs de même pour les « *créanciers de l'indivision* », car cette dernière n'est pas non plus dotée de la personnalité juridique. Ce sont les indivisaires qui sont en réalité conjointement débiteurs de la dette au sens strict. Si la communauté et l'indivision ne sont pas des personnes, elles revêtent en réalité la nature de patrimoine d'affectation. Ce sont des universalités de droit susceptible de comporter un passif corrélatif. Ce sont bien entendu la fiducie et l'entreprise individuelle à responsabilité limitée qui ont achevé cotemporainement de consacrer en droit français la notion de patrimoine d'affectation. Mais, comme le remarque Judith Rochfeld, la communauté légale et l'indivision constituaient déjà des patrimoines d'affectation.

1018. La créance économique a vocation à s'appliquer en matière de patrimoines d'affectations, certes parce que ceux-ci ne sont pas dotés de la personnalité juridique, mais également parce qu'il est possible de noter au plan théorique une **corrélation** entre, d'une part **la créance au sens strict et le patrimoine dans la théorie d'Aubry et Rau**, d'autre part **l'acception économique de la créance et le concept de patrimoine d'affectation**. Le patrimoine d'affectation constitue, pour cette raison que nous entendons développer ici, à titre liminaire, une catégorie de gage qui se prête particulièrement bien à l'application de l'acception économique de la créance.

Nous avons déjà évoqué que l'acception économique de la créance permettait une ventilation temporelle de la créance juridique. En cela, l'acception économique injecte une certaine dose de temporalité dans le concept classique d'obligation. Il en va un peu de même du patrimoine d'affectation, qui ayant une vocation plus temporaire que celle du patrimoine au sens d'Aubry et Rau, permet un certain aménagement temporel de celui-ci. Par exemple, le nouveau patrimoine d'affectation que constitue l'EIRL permet, pour le temps où l'entrepreneur exercera son activité professionnelle, d'aménager son patrimoine par sa scission en deux, par l'isolement d'une fraction d'universalité de droit en vue de le dédier à cette activité professionnelle. L'aménagement n'est certes pas que temporel. Mais le patrimoine d'affectation ainsi constitué l'est pour une durée temporaire au sein de la vie de l'entrepreneur. Or celle-ci va de sa naissance à sa mort et, dans sa

¹ M. NEVOT, *La notion d'opération de partage*, th. 1979, p. 92 n°63 s.

² Par ex., B. VAREILLE, Rép. Dalloz civil, « *Communauté légale, liquidation et partage* », spéc. n°108 où l'auteur explique qu'il préfère utiliser le terme de « *masse* » plutôt que celui, ambigu pour lui, de « *patrimoine* ».

correspondance avec le patrimoine au sens de la théorie d'Aubry et Rau, elle est supposée se prolonger à travers ses héritiers¹ en principe² tenus *ultra vires*³. Elle tend ainsi à la perpétuité.

Le concept de patrimoine dans la théorie d'Aubry et Rau entre en résonance avec le concept de créance au sens classique, la créance juridique. Les deux concepts, patrimoine au sens de la théorie d'Aubry et Rau et créance juridique, recèlent dans leur gènes et dans leur essence, les traits d'une potentialité tournée vers l'avenir, qui résiste aux effets du temps et revêt en cela un caractère atemporel.

Nous avons observé en première partie au sujet des contrats à exécution successive la potentialité contenue dans le concept de créance au sens strict. La créance constitue déjà l'anticipation de sa propre exécution, c'est ce qui en fait sa substance. Dans les rapports synallagmatiques, son existence traduit une double anticipation, celle de sa propre exécution, mais également l'exécution de l'obligation corrélative. C'est la raison pour laquelle la créance de prix d'un bail à durée déterminée naît pour le tout au jour du contrat de bail, avant la jouissance octroyée, avant l'exécution de la contreprestation. Nous avons même soutenu qu'il devait en aller de même pour les contrats à durée indéterminée dans lesquels les obligations contiennent d'après nous dès l'origine toute la potentialité d'exécution du contrat, peu importe le caractère inconnu de sa durée, dès lors que les obligations sont déterminables par l'équivalence stipulée. La potentialité est consubstantielle d'une certaine dose d'incertitude, de contingence des obligations qui se retrouve en réalité pareillement tant pour les contrats à durée indéterminée que pour les contrats à durée déterminée.

Pour le concept de patrimoine au sens de la théorie d'Aubry et Rau, l'article 519 de l'avant-projet Capitant de réforme du droit des biens en énonce une définition synthétique, « *Le patrimoine d'une personne est l'universalité de droit comprenant l'ensemble de ses biens et obligations, présents et à venir, l'actif répondant du passif. Toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine et, sauf si la loi en dispose autrement, d'un seul* ». L'aspect majeur du concept, c'est qu'il s'identifie à la personne de son titulaire elle-même⁴. De cette identité entre la personne et le patrimoine surgissent les axiomes idoines de ce concept qui peuvent être condensés en deux, **unicité** et **unité**. Toute personne juridique possède un patrimoine. Un patrimoine ne peut appartenir qu'à une personne

¹ « *Le mort saisit le vif* » l'héritier est investi de plein droit par la mort du de cujus. En droit romain, l'hérédité conservait la personnalité juridique du défunt jusqu'à l'acceptation de l'héritier (Adages n°155 ; D. 41, 1, 33, 2). Cela revient toutefois au même, il y a continuité et par conséquent abstraction des effets du temps, absence de césure par le décès même du titulaire du Patrimoine.

² M. GRIMALDI, Droit civil, Successions, Litec, 6ème éd., 2001, n°409 s., spéc. n°549 et 561 : il est certes des exceptions, des dettes qui ne reposent que sur les forces de la succession (pensions alimentaires, salaire différé, récupération d'aides sociales), et le tempérament de l'acceptation à concurrence de l'actif net, anciennement acceptation sous bénéfice d'inventaire. Mais le principe emporte malgré tout des conséquences importantes en cas de déchéance du droit à cette dernière, en cas d'acceptation pure et simple tacite ou en cas de découverte a posteriori d'un passif important.

³ Le principe de continuité de la personne du défunt est généralement étudié au titre des fictions juridiques. A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. 1995, spéc. n°128 et 378. Pour l'auteur, cette fiction permet d'expliquer et de justifier l'obligation *ultra vires* des héritiers.

⁴ Souvent présenté comme une fiction abstraite, il nous semble au contraire que cette théorie prend ses racines dans un phénomène naturel. En droit romain classique, le débiteur répondait de ses dettes sur sa personne. En cas de défaillance, la prison pouvait ne pas être coercitive, mais servir de paiement. Et pour obtenir ce paiement, le créancier pouvait vendre la personne elle-même en esclavage. Le droit ayant depuis évolué vers la consécration de la dignité de la personne humaine, l'abolition de l'esclavage et la suppression de la prison pour défaut de paiement de ses dettes par le créancier, c'est naturellement que tous les biens du débiteur sont venus prendre la place de sa personne pour garantir le paiement de ses dettes. Ici demeure d'après nous la raison pour laquelle, malgré toutes les attaques, la théorie d'Aubry et Rau demeure et continuera à demeurer car il ne sera jamais possible d'étouffer complètement cette réalité selon laquelle tous les biens d'une personne répondent de toutes ses dettes. En effet, il n'est pas possible de nier l'unité de la personne. C'est la raison pour laquelle les critiques de la théorie ont hautement contribué à l'asseoir (R. SEVE, « Détermination philosophique d'une théorie juridique, La théorie du patrimoine d'AUBRY et RAU », *Arch. Philo. du droit* 1979, p. 247, spéc. p. 257). La personne est responsable sur ses biens de ses actions et de sa parole.

juridique. Toute personne ne possède qu'un seul patrimoine, qui est donc indivisible, mais également inaliénable, au même titre que la personne elle-même. La potentialité¹, résistante à la temporalité, se retrouve dans ce concept car tous les biens² répondent de toutes les dettes, quelles que soient leurs dates d'entrée dans le patrimoine. Les dettes antérieures reçoivent en gage des biens postérieurement entrés dans le patrimoine. Le concept se veut donc atemporel à cet égard, car il ne fait pas de distinction selon les dates d'entrée des biens et de naissance des dettes³. Il contracte en lui le passé, le présent et l'avenir. L'explication profonde vient du lien avec la personne elle-même, c'est elle qui incarne le potentiel, cette caractéristique lui est empruntée par le concept de patrimoine. Cela explique que le patrimoine puisse être déficitaire tout en existant néanmoins⁴.

C'est à travers la technique du gage général que ces deux concepts analogues dans leur rapport au temps entrent en corrélation. Conformément aux articles 2284 et 2285 du Code civil, la substance de la créance se trouve garantie par un droit de gage général sur l'actif du patrimoine du débiteur. La créance a donc cet actif pour substance, à tout le moins une quote-part de celui-ci⁵. Si la créance juridique appréhende la potentialité future, il apparaît logique et bien ordonné qu'il en aille de même du gage qui la garantit, car il importe que la responsabilité soit à la hauteur de l'engagement. Ainsi, à toute la potentialité de croissance future de l'obligation correspondra toute la potentialité d'accroissement futur de son gage, le patrimoine au sens de la théorie d'Aubry et Rau.

À l'opposé, les concepts de patrimoine d'affectation et de créance économique se veulent davantage limités dans le temps, davantage empreint de temporalité.

Nous avons déjà vu que l'acception économique de la créance représentait en réalité la consolidation économique de celle-ci. Dans le rapport synallagmatique, elle est la consolidation de la créance de prix par l'exécution de la contreprestation. La créance juridique est prospective, tournée vers le potentiel avenir, tandis que la créance économique est rétrospective, tournée vers un passé figé qui ne peut plus changer. La créance économique est donc fortement empreinte de temporalité.

Le concept de **patrimoine d'affectation** est plus vague. À l'aune du droit français, nous pourrions le définir comme l'affectation de biens à un but déterminé et dotée d'un passif corrélatif. C'est cette dotation d'un passif corrélatif qui affranchit le patrimoine de la nature d'une simple universalité de

¹ CARBONIER, op. cit., n° 166, « *Il apparaît ainsi comme (...) un potentiel, plutôt que comme une masse figée* ».

² Le patrimoine ne comporte que des biens évaluable en argent du fait que tout actif doit pouvoir répondre de tout passif. En effet, eux seuls pourront être vendus et transformés en monnaie, de sorte qu'ils pourront alors constituer l'équivalent de toute obligation, le paiement de toute dette. La cessibilité constitue la caractéristique symptomatique des biens évaluable en argent (P.-L. FIER, *Dictionnaire de la culture juridique*, entrée « Patrimoine ». J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, traité LGDJ, 2^e éd. 2010, n°8, pour qui l'accessibilité à l'échange constitue le critère de la patrimonialité d'un bien). PLANIOL définissait les composantes du patrimoine par l'ensemble des biens et chartes évaluable en argent. Cette possible transformation en argent ouvre la possibilité de faire correspondre n'importe quel bien avec n'importe quelle dette, via la monnaie. Il s'ensuit que les biens innés, strictement attachés à la personne, ne font pas partie du gage général des créanciers, ne font pas partie du Patrimoine, tel le corps humain situé hors commerce.

³ Autre manifestation d'atemporalité concrète, un créancier personnel peut invoquer la qualité de commerçant de son débiteur pour réclamer l'ouverture de sa procédure collective sous l'égide du droit des entreprises en difficulté alors même que son débiteur n'avait pas encore démarré son activité commerciale à la date de naissance de la créance personnelle invoquée : com. 22 juin 1993, n°90-17418, P, au surplus, cette dette personnelle antérieure au début de l'activité professionnelle se trouve prise en compte pour apprécier l'état de cessation des paiement du débiteur.

⁴ J.-P. GRIDEL, *Le droit, Présentation*, Puam 2012, n°178, car s'inscrivent en lui « *les virtualités acquiescives de l'individu, tirées de sa force de travail liée à son activité future, de son aptitude à succéder ou à recevoir des libéralités* ». Ainsi, peu importe qu'il n'y ait que des dettes, puisque le Patrimoine incorpore les biens potentiels futurs. Ainsi, si une banque prête à un jeune entrepreneur, au projet prometteur, mais présentement démuné de fonds, pour investir et concrétiser, ce n'est pas en raison des biens présents inexistant qu'il possède pour garantir sa dette, mais bien en raison du potentiel futur de son projet, des forces futures de sa personne à répondre de cette dette présente.

⁵ CARBONNIER, *Les biens, les obligations*, Puf, op. cit., n°665.

fait pour l'ériger en contenant abstrait de biens et de dettes en corrélation, une universalité de droit. L'affectation est définie comme un « *procédé technique d'utilisation des biens* » qui consiste à « *choisir un but, un usage pour un bien* »¹. Elle constitue un acte juridique par lequel le propriétaire détermine une finalité particulière, un but en vue duquel son bien sera utilisé². Le patrimoine d'affectation et le patrimoine de la théorie d'Aubry et Rau ont ceci de commun qu'ils constituent tous deux des universalités de droit³ comportant un actif et un passif corrélatifs⁴. Le patrimoine d'affectation s'oppose en cela à l'universalité de fait qui représente un ensemble de bien sans l'existence d'un passif corrélatif. La notion nous vient originellement du droit allemand⁵ où elle « *permet de reconnaître à une même personne des patrimoines distincts caractérisés par une affectation commune à des destinations déterminées et indépendantes de son patrimoine personnel général* »⁶. La loi sur la fiducie de 2007 consacrait déjà une telle nature au patrimoine fiduciaire. C'est avec l'EIRL adoptée en 2010 que le concept se trouve définitivement ancré en droit français. Dorénavant, le patrimoine et la personne ne s'identifient plus, une personne peut être titulaire d'un ou de plusieurs patrimoines d'affectation à côté de son patrimoine général ayant vocation à recevoir tous les droits et obligations qui ne concernent pas les finalités poursuivies par chacun des patrimoines d'affectation. Le droit français n'a toutefois pas consacré l'existence de patrimoines totalement détachés d'une personne. Si dans la théorie d'Aubry et Rau il s'avère facile de fédérer les biens et les obligations puisque le point d'ancrage réside dans la personne, la tâche s'avère plus délicate dans le patrimoine d'affectation où il ne sera pas toujours évident d'identifier à quel patrimoine doivent être rattachés tel bien, mais surtout telle dette. Contrairement au patrimoine au sens d'Aubry et Rau qui se trouve par nature doté de la personnalité juridique, les patrimoines d'affectation n'en sont pas dotés, contrairement aux personnes morales. Certains auteurs⁷ y voient néanmoins un démembrement de la personnalité juridique⁸. Enfin, relevons que l'autonomie comptable ne saurait être la marque, ni même le signe de l'existence d'un patrimoine d'affectation⁹.

¹ S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, th. 1976, p. 422. L'auteur étudie le procédé d'affectation, il distingue plusieurs régimes différents, mais tente de restaurer l'unité de l'opération d'affectation. Le thème est plus large que celui de patrimoine d'affectation. Au demeurant, l'auteur n'adhère pas au concept de patrimoine d'affectation puisqu'il le réserve en fin de compte aux seules personnes morales.

² CARBONNIER, *Les Biens, les obligations*, Puf, n°670, p. 1526.

³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, traité LGDJ, 2^e éd. 2010.

⁴ P.-L. FIER, *Dictionnaire de la culture juridique*, entrée « Patrimoine ».

⁵ BRINZ et BEKKER, début du XX^e s (P.-L. FIER, *Dictionnaire de la culture juridique*, entrée « Patrimoine »).

⁶ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, traité LGDJ, 2^e éd. 2010.

⁷ C. CASSAGNABERE, « De la division du patrimoine au démembrement de la personnalité », *Revue Lamy Droit Civi*, 92 (2012) 63-68. C'est en ce sens que l'auteur oriente très adroitement sa démonstration. Opérant une comparaison entre les fiducies française et québécoise, l'auteur finit par exposer que le changement de paradigme atteint surtout la théorie des droits subjectifs qui se retrouvent démunis de sujet droit dans l'hypothèse d'un patrimoine d'affectation détaché de toute personnalité juridique, de tout titulaire. Et l'auteur propose de répondre à cette problématique par un affinement de la théorie de la personnalité. Remplaçant la volonté et l'intérêt qui en sont les composantes essentielles par la jouissance et l'exercice, l'auteur propose de voir dans la fiducie une personnalité démembrée, une capacité de jouissance sans capacité d'exercice.

⁸ Parmi les éléments constitutifs de la personnalité juridique développés pour la personnalité morale, l'existence d'un patrimoine affecté à un certain but figure en tête de liste : R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, 1910, rééd. 2003, p. 521 s. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, rééd. LGDJ 1998. L'affectation à un but déterminé s'entend de l'existence d'un intérêt distinct de ceux personnels à chacune des personnes physiques composant la personne morale. À ce premier critère, les auteurs ajoutent une organisation permettant l'expression d'une volonté collective et la réception par le milieu juridique de cette personnalité juridique distincte.

⁹ Certains auteurs évoquent la « *personnification comptable* » (C. de LAUZAINGHEIN, J.L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, Précis Dalloz 3^e éd., 2004, n°236). Par exemple, le fonds de commerce nécessite une information comptable autonome légalement ordonnée, mais il ne constitue pas pour autant un patrimoine d'affectation. En effet, lors de son transfert, les créances et les dettes nées à l'occasion de l'activité ne sont pas transférées de plein droit. Si l'existence d'un patrimoine d'affectation implique nécessairement une certaine autonomie comptable, que ce soit durant la vie du patrimoine d'affectation ou ne serait-ce qu'en fin de vie, lors de la réédition des comptes pour l'indivision ou la communauté légale, cette autonomie

L'acception économique de la créance permettra donc d'opérer une éventuelle ventilation de la créance juridique en vue de préciser l'assiette et l'objet des gages spécifiques que constituent les patrimoines d'affectation.

1019. Il convient de rappeler ici que le critère de date de naissance de la créance économique fait usage de **l'acception économique de la créance** qui comporte une définition générique et une **définition** plus spécifique dédiée à la créance de prix exprimée en argent dans les rapports synallagmatiques. Génériquement, l'acception économique de la créance correspond à une valeur économique positive ou négative selon qu'il s'agit d'une créance ou d'une dette économique. La valeur économique positive implique une entrée prévisible de ressource sans sortie prévisible en contrepartie. Il s'ensuit qu'une créance considérée en tant que telle naît à la fois économiquement et juridiquement à la même date, car elle implique la rentrée prévisionnelle que représente son exécution. Pour cette raison, les dates de naissance de la créance juridique et de son acception économique sont le plus souvent superposées. Mais il n'en va plus de même dans le cadre d'un rapport synallagmatique où la réciprocité des obligations inhibe leur naissance économique. Eu égard à la double nature de la monnaie, à la fois objet d'obligation juridique et outil économique de mesure de la valeur, nous avons pu centrer davantage la définition pour les contrats synallagmatique où nous avons déterminé dans leur cas que l'acception économique de la créance de prix exprimé en argent naissait au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation. Nous focaliserons donc logiquement nos développements sur cette dernière créance qui présente seule une acception économique à la naissance divergente de la créance au sens strict, au sens juridique. Il conviendra de se souvenir malgré tout que le critère de date de naissance de la créance ne s'utilise pas pour la seule créance de prix issue d'un contrat synallagmatique. Les autres hypothèses sont simplement moins intéressantes. Elles n'en sont pas moins incluses dans les mécanismes étudiés, mais elles sont prises en compte à leur date de naissance unique, date de naissance à la fois des acceptations juridique et économique.

1020. Enfin, il est un **régime favorable** bien connu que l'utilisation de l'acception économique de la créance permet d'atteindre, celui du **privilege de procédure en droit des procédures collectives**. La créance juridique du prix de l'exécution future permet d'accéder au privilège de procédure pour sa portion économiquement née après l'ouverture de la procédure, au cours de cette dernière. Dans le cas des rapports synallagmatiques sur lesquels nous nous focalisons, l'acception économique permet en fait d'identifier les créances qui correspondent à une prestation fournie à l'entreprise durant la procédure de redressement ou de liquidation et qui ont à ce titre nécessairement été utiles à cette dernière, ce pour quoi la loi leur octroie un traitement privilégié. La situation est un peu analogue à

comptable n'est pas la marque exclusive de l'existence d'un tel patrimoine d'affectation. L'utilisation du terme de patrimoine par les textes est également souvent impropre car elle ne désigne ni le patrimoine de la théorie d'AUBRY et RAU, ni même un patrimoine d'affectation, mais simplement le bilan d'une activité économique présentant une certaine autonomie sur les plans comptable et fiscal uniquement. Ainsi, il est classiquement enseigné que le bilan de l'entreprise constitue la « *photographie du patrimoine* » à la clôture de l'exercice. L'art. L. 123-12 du Code de commerce dispose qu'il faut « *procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine* ». Et l'art. L. 123-15 dispose qu'il doit être donné « *une image fidèle du patrimoine* ». De même, l'art. R. 123-174 mentionne que « *les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise sont enregistrés opération par opération et jour par jour* ». Et l'art. R. 123-182 dispose que « *les éléments du patrimoine de l'entreprise sont classés à l'actif et au passif du bilan suivant leur destination et leur provenance* ». Malgré tout, en la matière, bien que la loi utilise le terme de « *patrimoine* », il ne s'agit ni du patrimoine au sens d'AUBRY et RAU, ni même de patrimoine d'affectation. Il s'agit des composantes actives et passives inhérentes à l'activité économique concernée, à l'entité économique concernée.

l'accès du gage constitutif d'un patrimoine d'affectation dans la mesure où l'accès au gage se trouve justifié par l'acceptation économique de la créance pour une raison similaire, car celle-ci correspond à une prestation fournie au patrimoine d'affectation considéré, une prestation qui est venue l'enrichir et qui justifie un recours sur les biens de ce dernier.

Deux utilisations de la créance économique rejaillissent ainsi. La créance économique sert à déterminer l'accès au gage constitué par un patrimoine affecté (Chapitre 1). Elle sert également à déterminer l'accès au régime privilégié des créanciers postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La détermination du gage constitué par un patrimoine d'affectation

1021. Parmi les patrimoines d'affectation que nous entendons aborder, deux catégories se distinguent, les **patrimoines d'affectation classiques** et les **patrimoines d'affectation contemporains**. Les classiques passent plutôt inaperçus, car ils font partie de longue date du paysage juridique et leur nature, si elle n'a pas véritablement été élucidée, ne semble pas poser de problème d'ordre pratique nécessitant que l'on se penche dessus de façon plus approfondie. Il s'agit de l'indivision et de la communauté légale. La nature de patrimoine d'affectation saute par contre aux yeux pour les modernes que sont la fiducie et l'EIRL. La nature de patrimoine d'affectation est expressément consacrée pour le patrimoine fiduciaire par l'article 12 de la loi de 2007 instaurant la fiducie. Elle résulte de même des textes pour l'EIRL, instaurée en 2010, et qui utilise le vocable de « *patrimoine affecté* ».

La **nature inaperçue** de patrimoine d'affectation pour la **communauté légale** et l'**indivision** provient sans doute d'une présentation classique du patrimoine d'affectation par opposition au patrimoine au sens de la théorie d'Aubry et Rau¹. Cette opposition apparaît bien pour la **fiducie** et pour l'**EIRL**, puisque leur consécration a nécessité de porter lourdement atteinte à la théorie des auteurs strasbourgeois, en dissociant le patrimoine et la personne elle-même pour admettre qu'une même personne pouvait être à la tête de plusieurs patrimoines. Mais cette opposition ne se retrouve pas pour l'indivision et la communauté légale qui coexistaient avec la notion classique de patrimoine, celle d'Aubry et Rau. En communauté légale, les créanciers de la communauté sont également et nécessairement créanciers personnels de l'un des deux époux, celui du chef duquel la dette était entrée en communauté. De même, en indivision, les créanciers de l'indivision sont simultanément créanciers personnels des coindivisaires, ces derniers étant débiteurs conjoints des créanciers de l'indivision.

Mais la nature de patrimoine d'affectation pour la communauté légale et l'indivision ne doit pas découler d'une habituelle opposition d'avec la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, elle doit découler de la définition du concept. Or cette définition correspond tant à la fiducie et à l'EIRL qu'à l'indivision et à la communauté légale. Toutes constituent des patrimoines en ce qu'elles créent des universalités de droit, des contenants devant comporter des droits et des obligations mises en corrélation.

Judith Rochfeld adopte d'ailleurs cette nature de patrimoine d'affectation pour la communauté légale et l'indivision dans son ouvrage sur les grandes notions du droit privé, à l'occasion de l'étude du patrimoine, plus spécifiquement de celle du patrimoine d'affectation. Classant sa présentation des patrimoines d'affectation « *selon le caractère plus ou moins hermétique de la séparation qu'elles introduisent entre le patrimoine principal de la personne et les patrimoines affectés* »², l'auteur commence son exposé par le niveau le plus bas, les patrimoines d'affectation que sont la communauté légale et l'indivision.

¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Introduction*, n°212. Il était reproché à la théorie d'Aubry et Rau d'être trop subjective, et il était dès lors proposé de la supplanter par la théorie du patrimoine d'affectation plus objective (P.-L. FIER, *Dictionnaire de la culture juridique*, entrée « Patrimoine »).

² J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Puf 2011, spéc. p. 362.

Pour conforter cette position, il est enfin possible de relever que la loi utilise le même vocable en indivision et en fiducie pour décrire ces dettes qui constituent nécessairement le passif de ces entités, les dettes « *de conservation et de gestion* » dont traitent les articles 815-17 et 2025 du Code civil.

1022. La **détermination de l'accès au gage** par l'utilisation de l'acceptation économique de la créance peut se faire à double titre. D'un côté, il peut être question de déterminer les dettes ou les portions de dettes pouvant donner lieu à une action sur les biens constituant le patrimoine d'affectation concerné. D'un autre côté, l'acceptation économique de la créance peut servir à déterminer les créances ou les portions de créances qui peuvent être économiquement incluses dans ce gage spécifique du côté actif.

1023. Enfin, il convient de remarquer que la protection de la créance en tant que bien peut venir compliquer l'analyse. Cette protection vise la créance juridique, seule véritable créance constitutive à la fois d'un lien de droit et d'un bien susceptible d'appréhension. Cette créance naît en principe pour le tout dès le jour du contrat. Lorsque l'utilisation de l'acceptation économique de la créance conduit à favoriser une portion de créance par l'accès à un gage supplémentaire à celui qui était le sien au jour de la naissance de la créance juridique, alors la protection de la créance en tant que bien n'entre pas en ligne de compte puisque le régime est plus favorable. La créance est favorisée par le fait d'une augmentation des garanties pour une de ses portions. Mais il est des situations où l'acceptation économique de la créance peut s'imposer, pour au contraire limiter les garanties qu'avait la créance au jour de sa naissance en tant que bien, en tant que créance juridique. Dans ces hypothèses, un conflit survient entre la sécurité d'une opération juridique et la protection de la créance en tant que bien, la sécurité de l'opération juridique commandant l'utilisation de l'acceptation économique de la créance pour limiter le régime favorable qu'avait la créance juridique au jour de sa naissance. En la matière, la protection de la créance en tant que bien se heurte à l'utilisation de l'acceptation économique de la créance. Mais l'obstacle peut être surmonté si les objectifs poursuivis sont d'un intérêt supérieur, et si les moyens employés ne sont pas disproportionnés. Alors tout est affaire d'équilibre entre protection de la créance et sécurité de l'opération commandant l'utilisation de l'acceptation économique de la créance. Cette problématique surviendra généralement à l'extrême, aux moments de la constitution ou de la disparition du patrimoine d'affectation.

Eu égard à leurs différences précédemment énoncées, mais aussi parce que la question afférente à la fiducie et à l'EIRL présente un intérêt supérieur du fait du caractère récent de ces institutions, nous diviserons donc l'exposé selon qu'il sera question des patrimoines d'affectation classiques (section 1) que sont l'indivision et la communauté légale ou des patrimoines d'affectation contemporains que sont la fiducie et l'EIRL (section 2). Dans les deux cas, l'acceptation économique de la créance permet doublement de déterminer l'accès au gage que constitue le patrimoine d'affectation, que ce soit passivement ou même activement.

Section 1 : La créance économique déterminant le gage des patrimoines d'affectation classiques

1024. Les patrimoines d'affectation classiques, dont la nature était quelque peu passée inaperçue, sont l'indivision et la communauté légale. Tandis que la communauté légale est unique, l'indivision est multiple, car elle peut survenir dans des domaines variés, que ce soit en droit des successions, droit des sociétés, droit des biens, droit des régimes matrimoniaux. C'est l'indivision successorale qui fait office de régime général de droit commun. Celui-ci se trouve donc localisé de façon inappropriée dans le Code civil parmi les dispositions qui concernent les successions. Que ce soit pour la communauté légale (§1) ou pour les indivisions (§2), l'utilisation de l'acception économique de la créance permet de préciser l'accès au gage que représentent les biens de chacun de ces patrimoines d'affectation.

§ 1 : Détermination du gage de la communauté légale

1025. La communauté légale n'est pas dotée de la personnalité juridique. La jurisprudence a de longue date statué en ce sens¹. Pour ces raisons, Hervé Lécuyer² met bien en garde contre toute confusion à laquelle pourrait prêter le « *langage personnification* », tant du Code civil que de la jurisprudence ou encore de la doctrine³. Bien que le terme « patrimoine » soit fréquemment employé, la communauté légale n'est pas un patrimoine au sens de la théorie d'Aubry et Rau. Dès lors, les masses personnelles ne peuvent être débitrices ou créancières de la masse commune puisque cette dernière n'est pas une personne. Il était donc déjà possible de pressentir qu'il ne pouvait pas s'agir en la matière de créances au sens strict, de créances juridiques.

Analysant la communauté légale en profondeur, Hervé Lécuyer⁴ avait mis en évidence le rôle divergeant de la **temporalité** que nous avons déjà évoqué dans la communauté légale et dans le patrimoine au sens d'Aubry et Rau. Comparant le droit de gage général et le gage spécifique que constitue la communauté légale, l'auteur remarque, d'un côté l'atemporalité du droit de gage général, et par conséquent du patrimoine au sens d'Aubry et Rau, d'un autre côté la temporalité du gage spécifique que constitue la communauté légale et par conséquent de ce patrimoine d'affectation.

Dans la même veine, André Colomer observe que, « *en raison de la spécificité du lien matrimonial, l'application pure et simple du droit commun des obligations est impossible, que l'on envisage la naissance, le contenu de l'obligation, ou son exécution* »⁵. La doctrine pressent donc clairement que la créance juridique peut s'appliquer de façon ordinaire. Nous ajoutons qu'effectivement elle doit s'appliquer avec son ajusteur, l'acception économique de la créance.

¹ Civ. 18 avr. 1860, *GA* t.1, n°91.

² H. LECUYER, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. 1993, n° 262.

³ A. COLOMER, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 12ème éd., 2005, n°927, définissant la récompense : « *il s'agit et il ne peut s'agir que d'une créance qui s'établit en cours de régime, entre la masse commune et l'un ou l'autre des patrimoines propres* ».

⁴ H. LECUYER, op. cit., n°158, 202 et 172 : « *L'unicité du patrimoine, qui s'oppose à tout fractionnement matériel (quant aux biens), exclut également tout fractionnement temporel* ».

⁵ A. COLOMER, op. cit., n°7.

C'est surtout l'arrêt **Authier** du 31 mars 1992 qui montre l'utilisation en la matière de l'acception économique de la créance. En effet, en énonçant un principe de **corrélation des produits et des charges** au sein de la communauté légale¹, l'arrêt ne fait qu'user de la fonction de la créance économique précédemment exposée de remise des charges en face des produits.

Quant à la **nature** de patrimoine d'affectation, celle-ci est évoquée par Rémy Cabrillac² et André Colomer³, mais plus explicitement consacrée par Judith Rochfeld comme précédemment exposé. En outre, si la jurisprudence ne l'a pas encore consacrée, l'arrêt Authier précité du 31 mars 1992 énonçait clairement l'idée d'affectation.

La communauté légale doit s'apprécier sur deux plans différents, d'une part dans les rapports entre époux, d'autre part vis-à-vis des tiers. L'acception économique de la créance jouera sous les deux plans, tant entre les époux qu'à l'égard des créanciers. L'utilisation de l'acception économique sera d'ailleurs plus simple entre les époux, car elle pourra se heurter dans les rapports avec les tiers à la protection de la créance en tant que bien.

Pour cette raison, nous distinguerons la détermination positive du gage de la communauté légale (A) et sa détermination négative (B), ce second rôle de l'acception économique de la créance devant composer avec la protection des créances juridiques en tant que biens.

A. Détermination positive par la répartition entre les masses

1026. Deux manifestations de la créance économique peuvent être relevées en matière de régimes matrimoniaux, l'une directe, l'autre indirecte. Pour déterminer la date de naissance afin de savoir s'il s'agit d'une créance ou d'une dette propre ou commune, afin d'opérer la répartition dans les masses de l'élément que constitue la créance, la jurisprudence se réfère directement à l'exécution de la prestation qui n'est autre que la date de naissance de la créance économique (1). En outre, lorsqu'une modification matrimoniale se recoupe avec l'ouverture d'une procédure collective, il est fait usage commun de la même date de naissance de la créance pour déterminer si les créances échappent ou non à la discipline de la procédure, si bien que c'est ici par le truchement du droit des entreprises en difficulté que l'on peut identifier ici une manifestation de l'acception économique de la créance dont on sait qu'elle s'applique nécessairement dans ce domaine (2). La mise en lumière de l'utilisation de l'acception économique de la créance pour déterminer la substance tant active que passive du

¹ Civ. 1, 31 mars 1992, cf. supra n°878, *JCP G* 1993, II, 22003, J.F. PILLEBOUT, *Déf.* 1992, p. 1121, *RTD civ.* 1992, p. 401, mél. COLOMER p. 259, arrêt de cassation au visa des articles 1401, 1403, 1433, 1437, 1469 et 1479 du Code civil. La formule de l'arrêt est reprise par la suite, voir notamment civ. 1, 26 janv. 1994, n° 92-10.029 et civ. 1, 24 oct. 2000, D. 2001. Somm. 2936, obs. NICOD, *RTD civ.* 2001. 650, obs. VAREILLE : « *Attendu que la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens ; que, dès lors, leur paiement ne donne pas droit à récompense au profit de la communauté lorsqu'il a été fait avec des fonds communs ; qu'il s'ensuit que l'époux, qui aurait acquitté une telle dette avec des fonds propres, dispose d'une récompense contre la communauté* ».

² R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 8^e éd. 2013, n°133, « *L'idée de patrimoine d'affectation, ignorée par le droit français, rendrait peut-être mieux compte de la réalité de la communauté* ».

³ A. COLOMER, op. cit., n°404 qui donne à la communauté légale la nature d'un patrimoine d'affectation. L'auteur ajoute comme argument l'article 1832-2 du Code civil qui envisage l'utilisation de fonds communs pour l'acquisition de titres de société, mais ne saurait envisager que la communauté légale soit associée, ce que l'auteur explique pertinemment par l'absence de personnalité morale de cette dernière.

patrimoine d'affectation que constitue la communauté légale permettra pour finir d'opérer une remise en cause de certaines solutions jurisprudentielles (3).

1/ La référence systématique à la date d'exécution de la prestation comme naissance du prix

1027. La jurisprudence en matière de régimes matrimoniaux se réfère systématiquement à la date d'exécution de la prestation qui n'est autre que la thèse matérialiste de la date de naissance de la créance et la date de naissance de la créance économique. Il n'est pas fait référence à la commande, date de naissance de la créance juridique. C'est donc bien l'acceptation économique de la créance qui s'applique en la matière et non pas l'acceptation juridique. Cette référence à la date d'exécution se retrouve tant pour les prestations de service (a) que pour les ventes (b) où l'exécution réside dans la date de livraison, ou encore en matière de salaire où il est fait référence au travail accompli (c).

a) La date d'exécution de la prestation et non pas sa date de commande

1028. Pour savoir si des rémunérations de prestations effectuées par un époux constituent des **actifs** communs ou propres, la jurisprudence se réfère à la date d'exécution desdites prestations.

Ainsi, dans un arrêt du 13 octobre 1993¹, il s'agissait de déterminer si la rémunération d'un architecte était commune ou propre sachant que sa prestation avait été exécutée avant divorce², mais que le paiement était intervenu après. C'est la date d'exécution qui prime et à laquelle il convient de se référer.

Il en allait de même dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 5 février 1994³ où il était question de la rémunération de travaux d'aménagement effectués par le mari. Peut également être cité en ce sens un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 4 juin 1997 qui apprécie le caractère commun ou propre des produits d'une exploitation agricole en fonction de la date du « *travail effectué* »⁴.

Certes, dans ces affaires, la problématique juridique ne réside pas dans une opposition entre naissance juridique et économique, entre commande de la prestation et exécution de celle-ci, mais entre l'exécution et le paiement. Il n'en reste pas moins que la date de commande des prestations n'est jamais envisagée, qu'il est toujours fait référence à la date d'exécution de la prestation. C'est donc, quoi qu'il en soit, la date de naissance de la créance économique qui se trouve appliquée ici.

¹ Civ. 1, 13 oct. 1993, *JCP G* 1994 I 3785 chron. n°2 Ph. SIMLER.

² Voir en introduction pour les dates applicables en matière de communauté légale et que nous embrassons ici sous le vocable de « *divorce* », spécialement, la date du divorce n'est pas la même entre les époux et vis-à-vis des tiers.

³ CA Paris 5 janv. 1994, *JurisData* n°020207.

⁴ CA Toulouse, 4 juin 1997, *JurisData* n°1997-043402 : « *Ces montants correspondent à des gains générés par l'industrie de l'époux pour un travail effectué avant la dissolution... Les produits sont communs et l'époux qui les a perçus seul postérieurement à la date à laquelle la dissolution de la communauté est acquise dans les relations entre les époux doit les rapporter à la masse à partager* ».

b) La date de livraison des fournitures et non pas leur date de commande

1029. Dans le cadre de la vente de fournitures, la Cour d'appel de Paris, par arrêt du 7 juin 1989¹, se référait à leur date de livraison et non pas à leur date de commande pour fixer la date de naissance de la créance de prix et déterminer si elle devait être commune ou personnelle à l'époux attributaire du fonds. En l'espèce, la créance était née d'après la cour après la date de prise d'effet du divorce entre les époux, de telle sorte que seul l'époux attributaire devait en supporter la charge.

c) La date d'exécution du travail

1030. La doctrine ne fixe pas précisément et explicitement la date de naissance de la créance de salaire. Les termes utilisés sont en effet divers et variés, mais systématiquement flous. Les revenus du travail sont « *communs de source* »², « *communs ab initio* »³, « *communs au stade de créance* », « *communs par nature* »⁴, reçoivent la « *qualification de bien commun* »⁵, ou encore ont un « *caractère commun ab initio* »⁶. Mais la source, l'origine en question n'est pas précisée, pas explicitée, si bien que la date de naissance de cette créance ne s'avère pas aussi limpide que l'on pourrait le croire.

1031. Le raisonnement applicable est identique ici au cas des prestations de services. Les deux contrats diffèrent pourtant dans leur essence. Le contrat de travail est voué à durer, tandis que le contrat de prestation de service ne dure que le temps de commande et d'exécution d'une prestation déterminée. Cette différence n'est pas anodine, car, si l'on peut concevoir une naissance pour le tout au jour de la commande de prestation de service, nonobstant la date d'exécution, il est psychologiquement plus difficile de concevoir une naissance pour le tout au jour du contrat de travail de la créance de salaires, d'autant plus que le contrat de travail est souvent à durée indéterminée, contrat de droit commun. Nous aurions donc l'impression de prêcher dans le vide à soutenir qu'il faut utiliser la date d'exécution du travail, ou plutôt de mise à disposition par le salarié de sa force de travail, davantage que la date du contrat de travail, tant la solution inverse d'une option pour la créance juridique paraîtrait absurde.

Pourrait-on concevoir que la créance de salaires serait propre pour le tout au motif que les revenus, même correspondant à la période de travail du mariage, ne seraient que la résultante d'un contrat de travail souscrit antérieurement ? Une telle position contredirait l'essence même de la communauté légale réduite aux acquêts dont la substance première réside dans la mise en commun de la force de travail des époux, et par conséquent des revenus la représentant, et de leur transformation en biens ou en économies.

¹ CA Paris 7 juin 1989 JurisData n°022723.

² A. COLOMER, op. cit., n°608, 609 et 617.

³ BICHERON, Dalloz Action, op. cit. n°133.11

⁴ I. DAURIAC, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, LGDJ 2012, 3^e éd., n°355.

⁵ R. CABRILLAC, op. cit. n°146.

⁶ Gérard CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Puf 1997, 9^e éd., p. 266, n°42.

1032. En la matière, les textes se réfèrent d'ailleurs aux différentes formes de revenus. Or nous avons eu l'occasion de voir que les revenus à titre onéreux constituaient des créances économiques par nature. La loi se réfère donc à la créance économique à travers son usage de la notion de revenus pour se référer tant aux revenus du travail que du capital.

La date de naissance de la créance de salaire et des droits y attachés, tels par exemple le droit aux congés payés et à l'indemnité, se situe au jour de la mise à disposition de la force de travail par le salarié et non pas à la date du contrat de travail. Rares sont les juridictions ayant eu besoin de statuer directement sur la date de naissance de la créance de salaire tant la solution apparaît s'imposer. On peut toutefois dénombrer un certain nombre d'arrêts concernant des créances connexes ou de remplacement d'une rémunération afférente à une période pour laquelle le salarié fut empêché de travailler. Ces solutions se réfèrent bien à la durée d'activité, réelle ou potentielle. A fortiori cette solution doit-elle s'appliquer pour la créance de salaire elle-même.

Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18 octobre 2007¹, l'indemnité de rachat de l'assignation à résidence versée au salarié lors de son départ de l'entreprise est rattachée à sa période d'assignation à résidence. L'indemnité en question est donc commune si elle a pour vocation d'indemniser une période d'assignation à résidence intervenue durant la vie maritale, ce qui était le cas en l'espèce. Malgré le paiement postérieur, l'indemnité « *se rapportait à des droits acquis au titre d'une activité professionnelle antérieure (...) entrée dans la communauté en application* » de l'art. 1401 du Code civil.

Il en va de même pour les actions acquises au titre d'un plan épargne entreprise. Elles sont communes lorsqu'elles « *trouvent leur origine dans son activité* » exercée durant la vie commune².

1033. Enfin, tel est également le cas d'une indemnité délictuelle pour dommage corporel. La portion de l'indemnité correspondant à la réparation d'un préjudice économique de perte de revenus pour incapacité de travail se voit appliquer le régime juridique correspondant à la date d'exécution du travail devenue impossible du fait de l'accident et du préjudice corporel. Ainsi, alors même que la créance d'indemnité naît au jour de la survenance du dommage, généralement concomitante du fait générateur de responsabilité, une acception économique de la créance survient et naît postérieurement lorsque la perte de revenus, lorsque le préjudice indemnisé correspond à une période de travail postérieure.

Pour ces raisons, dans un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile le 26 septembre 2007³, ayant reçu la plus large des publications, une épouse ayant quitté son mari devenu invalide des suites d'un accident

¹ CA Bordeaux, 18 oct. 2007, JurisData n°2007-345938.

² CA Versailles 8 janv. 2004, JurisData n°2004-248290 : « *Que, contrairement à l'appréciation du tribunal, les produits de l'industrie d'un époux sont communs dès lors qu'ils trouvent leur origine dans son activité antérieure à la dissolution de la communauté, même s'ils sont perçus postérieurement ; Qu'il s'ensuit que les actions acquises par madame Michel dans le cadre du plan d'épargne entreprise du groupe Elf au titre de l'année 1993 sont communes, peu important qu'elles n'aient pas été négociables le 8 octobre 1993... Qu'il y a donc lieu d'ordonner leur réintégration dans la communauté pour leur valeur à la date de dissolution...* ».

³ Civ. 1, 26 sept. 2007, n°06-13827, P+B+I : « *Mais attendu, d'abord, que les indemnités réparant un dommage corporel ou moral constituent des biens propres par nature et que les indemnités destinées à compenser des pertes de revenus n'entrent en communauté que si elles constituent le substitut de ceux qui auraient dû être perçus pendant la durée du régime* ». La date de

n'a fort heureusement pu faire valoir de droits sur la moitié de l'indemnité et de la rente à percevoir par son mari dont l'indemnisation correspondait à une période postérieure au divorce. Les juges du fond avaient motivé leur décision par fausse naissance de la créance au jour de la liquidation postérieure de l'indemnité et de la rente dues des suites de l'accident de la circulation. Le pourvoi est néanmoins rejeté avec une substitution de motifs. L'indemnisation de perte de revenu est commune lorsqu'elle indemnise des revenus correspondant à la période de vie commune, mais propre pour les revenus correspondant à une période de vie postérieure au divorce.

Il y a lieu de rappeler que la créance d'indemnité de licenciement naît pour le tout elle à la date de réception de la lettre de licenciement. Elle se trouve dès lors commune pour le tout si cette lettre est reçue avant divorce et propre pour le tout si elle est reçue après¹. C'est qu'il existe une grosse différence entre l'indemnité pour préjudice corporel ayant entraîné une incapacité de travail et l'indemnité de licenciement. Le salarié peut retravailler immédiatement après son licenciement, tandis qu'il ne peut pas, dans le cas du préjudice corporel. L'objet des indemnités n'est donc en réalité pas le même. Il s'agit de la perte instantanée et ponctuelle du travail pour le licenciement, tandis qu'il s'agit de l'impossibilité continue de travailler à nouveau pour le dommage corporel.

2/ L'identité des dates de naissance utilisées en cas de juxtaposition d'un changement de régime matrimonial et de l'ouverture d'une procédure collective

1034. En jurisprudence, les créanciers antérieurs sont appréciés de la même façon en droit des entreprises en difficulté et en droit des régimes matrimoniaux. Lorsqu'une procédure collective, spécialement une liquidation judiciaire intervient avant un changement ou une dissolution de régime matrimonial, la jurisprudence considère que les créanciers antérieurs de la procédure collective sont nécessairement les créanciers antérieurs de l'indivision postcommunautaire, ceux qui pouvait agir sur les biens communs avant la dissolution du régime matrimonial, pour leur permettre de saisir les biens communs devenus indivis en vertu de l'art. 815-17 du Code civil². Cette jurisprudence du droit des entreprises en difficulté se retrouve à l'identique, avant comme après la loi de 1985³, c'est-à-dire que la disparition de la personnalité morale de la masse n'a en réalité pas changé grand-chose quant à la perception des notions de créanciers antérieurs et postérieurs, plus exactement quant aux dates de naissance des créances utilisées, ce pourquoi nous verrons que, malgré la disparition de cette personnalité, il n'est pas anachronique de parler encore aujourd'hui de créanciers de la masse au sens

perception mentionnée par la Cour n'est pour nous qu'une approximation de la date de naissance de la créance économique de revenus, concept encore inaperçu.

¹ Par exemple, Aix-en-Provence, 11 janv. 2005, *JCP G* 2005. I. 163, no 9, obs. SIMLER.

² Civ. 1, 9 juillet 1991, n° 90-12.764, P : changement de régime matrimonial suivi d'une liquidation judiciaire, mais l'opposabilité du changement, n'intervenant que trois mois après la publication de celui-ci à l'état civil, était survenue après l'ouverture de la liquidation judiciaire ; dès lors les créanciers antérieurs de la procédures étaient, pour la Cour, nécessairement antérieurs à la date d'opposabilité du changement de régime ; les créanciers dans la masse étant tous antérieurs à la date d'opposabilité du changement de régime, le liquidateur pouvait saisir les biens communs devenus indivis en vertu de l'art. 815-17 du Code civil qui permet aux créanciers qui auraient pu agir avant l'ouverture de l'indivision de poursuivre leur paiement sur les biens indivis. Voir également civ. 1, 17 mars 1987, *JCP G* 1988. II. 21021 (1ère esp.), note Simler, les créanciers dans la masse sont nécessairement antérieurs à l'indivision ouverte après la procédure collective.

³ Civ. 1, 21 mai 1997, Bull. n°163, solution et raisonnement identiques alors que la procédure avait été ouverte après la loi du 25 janv. 1985, en l'absence de personnalité morale de la masse donc. Com. 18 févr. 2003 n°00-13100, P : Le liquidateur, qui représente les créanciers, peut poursuivre la vente forcée d'un immeuble dépendant de l'indivision successorale de son débiteur, dès lors que le décès est postérieur à l'ouverture de la procédure collective. Com. 18 févr. 2003, n°00-11008, P, arrêt de cassation.

où celle-ci constitue d'après nous un patrimoine affecté au redressement de l'entreprise justifiant naturellement l'application du privilège de l'ancien article 40.

Si la saisie a pu être opérée pour ce qui concerne les affaires présentement citées, c'est parce que les créanciers antérieurs du droit des procédures collectives étaient nécessairement antérieurs d'un changement de régime matrimonial devenu opposable après l'ouverture de la procédure ou d'une dissolution de régime matrimonial par décès d'un époux également survenu après ladite ouverture.

Il en découle que la Cour de cassation considère que la notion d'antériorité de la créance est identique en droit des régimes matrimoniaux et en droit des procédures collectives. Elle fait donc usage de la même date de naissance de la créance dans les deux cas et par conséquent de la même acception de la créance. Bien que nous n'ayons pas encore abordé précisément pourquoi, il est une donnée de référence acquise que le droit des entreprises en difficulté fait usage de la date de naissance de la créance pour appliquer le privilège de procédure. Il s'en déduit que la même acception de la créance s'appliquera en droit des régimes matrimoniaux.

3/ L'appréciation critique subséquente de quelques solutions jurisprudentielles

1035. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons noter deux cas d'utilisation de l'acception juridique de la créance en communauté légale là où devrait s'appliquer son acception économique et sa date de naissance au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation, l'un en matière de crédit-bail, l'autre en matière de redevances de brevet. L'acception économique de la créance s'impose d'autant plus que la terminologie « des redevances » renvoie d'après nous à des revenus qui constituent une créance économique par nature et par conséquent un excellent indicateur de l'application de l'acception économique de la créance et non pas juridique.

a) La date de naissance des redevances de crédit-bail

1036. Deux arrêts peuvent être relevés qui font application en régime de communauté légale de la date de naissance de la créance juridique pour les redevances d'un contrat de crédit-bail.

Dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 12 janv. 1994¹, les juges du fond avaient refusé d'inclure dans le passif commun des redevances de crédit-bail payées par l'époux après la séparation pour du matériel professionnel par lui conservé. L'arrêt était censuré pour défaut de base légale, pour ne pas avoir « *recherché si l'obligation de paiement de ces loyers n'était pas une dette de la communauté pour être née au cours de celle-ci* ». C'est une affirmation implicite d'une naissance antérieure, vraisemblablement au jour du contrat de crédit-bail, des redevances de crédit-bail arrivées à échéance après séparation des époux. Cet arrêt fait donc application de l'acception juridique de la créance. Également, dans un arrêt du 29 novembre 1994, les faits et l'arrêt d'appel étaient similaires. La cassation est prononcée pour violation de l'art. 1409 du Code civil, car la dette de loyers postérieurs

¹ Civ. 1, 12 janv. 1994, n°91-18104, D. 1994, 311, R. CABRILLAC, JCP N 1994, p. 329, J.-F. PILLEBOUT.

était née pendant le mariage et il s'agissait donc d'une dette commune. Là encore, il y avait application de la créance juridique et non pas économique.

1037. Ces solutions sont d'après nous erronées, car ce n'est pas la créance juridique qui se trouve être l'élément constitutif du patrimoine d'affectation de la communauté légale, mais la créance économique, ce que l'on se place sur le plan de l'obligation à la dette ou sur le plan de la contribution à la dette.

Dès lors, la créance de redevances de crédit-bail doit naître, du point de vue du passif communautaire, au fur et à mesure de la jouissance octroyée des matériels loués.

Les juges du fonds avaient considéré quant à eux une naissance aux dates d'échéances en excluant les termes postérieurs des dettes communes. Nous avons vu que la date d'échéance pouvait constituer une approximation de la date de naissance de la créance économique lorsque la différence n'était pas soulevée, ce qui semble ici vraisemblable, le terme étant généralement mensuel. En effet, en cas de paiement mensuel, le décalage entre l'échéance et le prorata temporis impliqué par la créance économique stricto sensu se veut peu significatif que si la redevance était par exemple trimestrielle ou annuelle.

L'inopportunité de la solution est évidente. Dans les deux affaires, alors que le mari a conservé les biens loués pour son propre usage professionnel, la communauté devrait en supporter la charge, l'épouse devrait en supporter la moitié.

L'absence de respect du principe de corrélation entre les produits et les charges renforce le sentiment d'inadéquation des solutions¹. Les juges du fond n'avaient pas manqué d'observer que les biens loués, le matériel du chirurgien-dentiste dans un cas, les voitures à utilisation professionnelle dans l'autre, avaient été conservés et passés en charge par les maris sur leur activité professionnelle. Or, les revenus postérieurs de ces activités professionnelles ne sont pas communs quant à eux, ils demeurent des propres des époux exerçant lesdites professions. Il apparaît dès lors d'autant plus inique que les charges corrélatives soient supportées par la communauté qui ne bénéficie pas des revenus correspondant à leur emploi. La communauté légale, avec derrière elle l'épouse, se trouvent doublement spoliées par ces solutions.

1038. Remarquons au demeurant que la fonction de la créance économique de corrélation des produits et des charges se fait sentir sur le plan contributoire. Ce n'est pas le paiement du créancier qui est recherché ici, mais la ventilation de la charge de la dette de redevance. Doit-elle rester à la charge du mari qui l'a acquittée ou doit-elle être supportée par la communauté légale? Or, il n'est pas ici question de la créance juridique qui sert uniquement au désintéressement des créanciers. Il est davantage question de créance économique dont la fonction de corrélation des produits et des charges constitue l'un des fondements envisageables pour les recours contributoires pouvant également servir à une telle ventilation. Comme élément constitutif du patrimoine d'affectation symbiotique, la

¹ Pour revenir à l'équilibre, il faudrait exiger, dans le cadre des opérations de liquidation, un loyer de la part du mari pour l'utilisation exclusive après séparation d'un bien dont la jouissance devait être commune. Il est peu probable que cela soit fait, que les conseils juridiques des épouses pensent à réclamer cela, voire que cela soit octroyé si c'est demandé, pour la simple raison que ce n'est pas usuel, habituel, en matière de biens mobiliers dont la communauté n'a pas la propriété de surcroît, la pratique fut déjà difficile à instaurer pour les immeubles communs dont la jouissance exclusive avait été octroyée à l'un des époux durant la procédure de divorce par ordonnance de conciliation ou de non-conciliation.

créance économique doit être d'après nous pareillement utilisée tant sur le plan obligatoire que sur le plan contributoire, mais sa fonction se retrouve particulièrement au plan contributoire.

b) La date de naissance des redevances d'exploitation d'un brevet

1039. En droit de la propriété intellectuelle, toutes les redevances afférentes à un brevet semblent constituer l'accessoire de la propriété de ce brevet, si bien qu'en cas de divorce toutes les redevances postérieures à la séparation des époux seront considérées comme communes si le brevet est déposé avant¹. Cette vision se rapproche donc davantage d'une acception juridique de la créance de redevances, une naissance ab initio pour le tout, mais s'éloigne beaucoup de l'acception économique de la créance, une naissance au fur et à mesure de l'utilisation permise et octroyée du brevet. Or, il convient d'appliquer en la matière l'acception économique de la créance pour apprécier le caractère commun des créances que constituent les redevances de brevets. Cette vision jurisprudentielle est donc d'après nous critiquable et doit être modifiée.

C'est dans l'évaluation du bien à partager que se trouve prise en compte la capacité de celui-ci à générer des revenus futurs. Dès lors, inclure en sus les redevances futures dans la communauté revient à une inflation de leur valeur dans la communauté puisque celle-ci se trouve doublée, à la fois concrètement et abstraitement par le média de l'évaluation du bien.

Les redevances futures produites par le brevet, même commun, n'ont donc pas à être incorporées dans la masse active de la communauté légale. Seules les redevances correspondant à la période de vie maritale sont communes. Il s'agit de la créance économique de redevances.

1040. Permettre l'accès au patrimoine d'affectation de la communauté légale constitue la facette d'un régime favorable octroyé à la créance, celui de la qualification de dette de communauté. Étant plus favorable pour tout ou partie de la créance selon les schémas, la protection de la créance n'interfère pas ici. De même, elle ne saurait interférer dans les rapports entre époux, car il n'est alors question que des rapports entre les masses propres et la masse commune et par conséquent que de l'acception économique de la créance. Mais l'acception économique de la créance s'impose aussi pour limiter le régime de faveur des dettes communes afin de stabiliser la situation juridique découlant de la dissolution du mariage. Alors il conviendra de composer avec la protection des créances juridiques en tant que bien qui tendrait quant à elle à s'opposer en la matière à l'utilisation de l'acception économique de la créance. L'obstacle qu'elle constitue peut cependant être franchi.

B. Détermination négative par la limitation de l'accès au régime des dettes communes

¹ A contrario de com. 4 oct. 2011 n°10-21225, P. Deux brevets avaient été déposés l'un avant l'autre après la date de prise d'effet du divorce entre les époux. Les juges du fond avaient également incorporé toutes les redevances postérieures du second brevet au motif qu'il était complémentaire du premier. L'arrêt d'appel est cassé car le droit de propriété y afférent était né du dépôt postérieur de ce second brevet. Implicitement cela signifie qu'il est normal d'incorporer dans la propriété du premier brevet toutes les redevances postérieures.

1041. La communauté légale constitue un gage privilégié pour les créanciers l'ayant alimentée. Est présumé comme tel tout créancier titulaire d'une créance économique née durant la communauté de vie, c'est-à-dire toute créance de prix correspondant à une prestation accomplie durant la vie commune.

Mais cette faveur se retourne contre les créanciers titulaires de créances juridiques sur la communauté légale, de créances nées durant cette dernière, mais dont la contreprestation n'a pas encore été exécutée au jour de la dissolution et le sera finalement au profit d'un seul des deux époux ou bien au profit de l'indivision postcommunautaire si la prestation prévue porte sur un bien commun devenu indivis. La créance économique limite alors le gage du créancier en question en retirant celui-ci pour la portion de la créance de prix correspondant à une exécution postérieure à la dissolution du mariage.

Or, toute atteinte à une créance juridique se heurte en principe à la protection de la propriété des créances en tant que bien, protection à la fois constitutionnelle et conventionnelle. Malgré tout, cette atteinte se comprend pour des raisons analogues à celles qui ont présidé à l'invention de la communauté légale. Justifiée d'un côté et relativisée de l'autre, l'atteinte à la propriété des créances est ici acceptable et permettra d'éviter certains désagréments d'ordre pratique qui peuvent être de taille.

1042. Il importe de saisir l'enjeu de la question qui ne relève pas de l'évidence. Pour cela, il convient d'exposer le régime des dettes communes après dissolution du mariage qui relève à la fois du droit de l'indivision et du droit des régimes matrimoniaux. Par l'effet de la dissolution, les dettes communes deviennent des dettes de l'indivision postcommunautaire conformément à l'article 815-17 du Code civil. Cela signifie que les créanciers peuvent poursuivre les biens communs pour le paiement de ces dettes. Mais cela signifie aussi qu'ils peuvent poursuivre à titre personnel chacun des ex-époux indivisaires pour moitié, car, comme il sera vu, l'indivision des biens implique la division personnelle des dettes, les indivisaires étant codébiteurs conjoints des dettes de l'indivision. C'est d'ailleurs quelque part ce que rappelle l'article 1483 du Code civil. Spécifique au droit des régimes matrimoniaux, cet article énonce aussi que chacun des époux peut être poursuivi pour moitié dans la limite de son émolument après partage. Cet article 1483 dispose en effet qu'après dissolution du mariage chacun des époux peut être poursuivi « *pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de son conjoint* », mais qu'après partage ce recours ne s'exerce « *que jusqu'à concurrence de son émolument* ».

Concrètement, cela signifie par exemple que l'époux qui souscrit durant mariage un contrat de cours de langue étrangère de deux ans avec paiement mensuel fait naître pour le tout une dette commune. Si le divorce intervient au bout de six mois, en théorie, bien que seul cet ex-époux bénéficie dorénavant des cours, la dette demeurerait commune à l'égard du créancier comme née juridiquement durant le mariage¹. Il peut donc poursuivre son paiement pour le tout sur les biens

¹ Dans les rapports entre époux, il ne fait aucun doute que c'est l'acception économique de la créance qui permet de déterminer que la dette était commune pour le prix correspondant à la période de cours antérieure à la dissolution du mariage. L'article 1416 du Code civil dispose en effet que la communauté qui a acquitté une dette pour laquelle elle pouvait être poursuivie (...) a droit néanmoins à récompense, toutes les fois que cet engagement avait été contracté dans l'intérêt personnel de l'un des époux.

communs devenus indivis ou encore pour la moitié contre l'ex-conjoint, mais dans la limite de l'émolument perçu par celui-ci après partage. Le raisonnement serait identique en cas de bail d'un immeuble souscrit durant le mariage et poursuivi après dissolution du mariage.

1043. On pressent bien que cette solution n'est pas opportune. Plusieurs années après divorce, vous pourriez être poursuivi par un créancier de votre ex-conjoint au titre du prix d'une prestation qu'il aurait perçu longtemps après votre séparation, au motif que la créance juridique de prix était née durant la vie maritale et que le contrat se serait poursuivi après. C'est que la solution malmène la sécurité juridique inhérente au changement des situations juridiques consécutives de la dissolution du mariage d'abord, du partage mettant fin à l'indivision postcommunautaire ensuite. Pour cette raison, il nous apparaît que la créance économique, si elle doit servir à déterminer les créances pouvant bénéficier du gage de la communauté légale bien que juridiquement nées avant mariage, elle doit également servir à limiter le gage des créances juridiques nées durant le mariage. Dans ce cas de figure, la date de naissance de la créance économique est utilisée pour ventiler une créance juridique afin de lui ôter le gage spécifique de la communauté légale pour sa portion correspondant au prix d'une exécution postérieure à la dissolution.

Diminuant le gage de la créance, elle se heurte à l'obstacle de la protection de la propriété des créances qui peut d'après nous malgré tout être franchi en l'espèce. L'obstacle de la protection de la propriété des créances peut en effet être franchi lorsque l'intérêt supérieur poursuivi le justifie et lorsque les moyens utilisés sont proportionnés à ce dernier. Tel nous semble bien être le cas en l'espèce. C'est la raison pour laquelle nous pensons que la créance économique doit être également et symétriquement utilisée en la matière pour limiter de plein droit à la dissolution du mariage l'accès au régime spécifique de dette commune pour le prix correspondant à des prestations non encore accomplies au jour de la dissolution du mariage. La portion de prix de prestations inexécutées au jour de la dissolution change de régime du fait de la dissolution. Elle devient une dette indivise si l'exécution est vouée à s'accomplir au bénéfice de l'indivision postcommunautaire, une dette propre si elle est vouée à s'accomplir au bénéfice exclusif d'un seul des deux époux. Les dettes juridiques étaient cependant bien nées pour le tout avant dissolution. Mais la dissolution du mariage a emporté de plein droit la limitation par l'utilisation de l'acceptation économique de la créance du gage exclusif de la communauté légale auquel elle pouvait avoir droit. Il y a ventilation de plein droit de la créance juridique en plusieurs régimes différents sur la base du critère de la date de naissance de la créance économique. Comme il a été soulevé, la relativisation de l'atteinte (1) et l'intérêt juridique en jeu (2) justifient cette limitation, cette atteinte à la propriété des créances.

1/ L'atteinte relativisée à la propriété des créances

1044. La relativisation de l'atteinte qui doit être faite d'après de plein droit à la créance juridique par le critère de date de naissance de l'acceptation économique de la créance au moment de la dissolution du mariage peut se faire directement ou indirectement. Directement, on observe que la créance juridique comporte toujours comme gage au sens de la théorie d'Aubry et Rau, l'époux du chef duquel la dette était entrée en communauté (a). Indirectement, sur un plan plus abstrait, ce petit

sacrifice d'intérêts privés se trouve compensé par le cantonnement d'un autre sacrifice fait à d'autres intérêts privés, les créanciers personnels de chacun des époux, par la mécanique même de la disparition de la communauté légale (b).

a) Les créanciers communs systématiquement créanciers personnels de l'un des époux

1045. Les créanciers communs disposent en vérité de deux recours, un recours réel contre le patrimoine d'affectation de la communauté légale et un recours personnel contre l'époux ayant contracté la dette, l'époux sur la tête duquel la dette est née.

Le véritable débiteur au sens pur du terme ne peut pas être la communauté légale puisque celle-ci n'est pas dotée de la personnalité juridique. C'est l'époux du chef duquel la dette est entrée en communauté, voire les deux époux en cas de solidarité de la dette. La communauté légale ne constitue dès lors qu'un patrimoine d'affectation qui vient en renfort. Elle vient renforcer et incarner l'intérêt et le crédit de la famille. Mais le véritable débiteur, au sens propre du terme, le gage qui constitue la substance essentielle et première de la créance au sens de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, c'est la personne de l'époux ayant fait entrer la dette en communauté.

Dès lors, on ne supprime pas la créance, on ne demande pas au créancier d'accomplir sa prestation sans être payé. Seul le gage adjoint de la communauté légale lui est retiré pour le prix de l'exécution postérieure, pour la créance économique née après la dissolution du mariage.

Il est vrai que le créancier se retrouve obligé de continuer à fournir sa prestation, tout en étant privé pour le prix de cette dernière du gage exclusif et en principe plus efficace de la communauté légale. Deux possibilités s'offrent à lui d'après nous.

Le contrat a pu prévoir la disparition de la communauté légale par divorce ou séparation de bien ou encore décès de l'autre époux, auquel cas il suffit de suivre les stipulations.

Sinon, le cocontractant peut malgré tout avoir fait implicitement du gage de la communauté légale une condition substantielle de son engagement. Cela pourrait être prouvé par exemple par la mention du régime matrimonial de l'époux dans le contrat, par des demandes d'extraits d'actes de l'état civil contemporains du jour de la signature du contrat. Alors il nous semble que la perte de cette garantie justifierait un droit de résiliation unilatérale du contrat, malgré une durée déterminée ou malgré une fourniture de biens déjà convenue. Peut-être la résolution du contrat pourrait-elle être envisagée. Autre alternative, sous cette même condition, le jeu de l'article 1188 du Code civil pourrait être invoqué, où le bénéfice du gage de la communauté légale serait alors assimilé à une garantie prévue au contrat dont la perte impliquerait l'exigibilité immédiate du prix de toutes les prestations futures, le paiement du prix étant la plus certaine de garanties. Mais l'exigibilité immédiate n'implique pas que le prix puisse être poursuivi sur la masse commune ou contre l'autre époux sur le fondement de l'article 1483 du Code civil précité, car ce n'est pas la date d'exigibilité qui importe en la matière, mais la date de naissance de la créance économique, la date d'exécution de la contreprestation. Celle-ci demeurant postérieure à la dissolution du mariage malgré l'exigibilité immédiate du prix, elle recouvrera la qualification de dette personnelle et non pas de dette commune.

b) La limitation des créanciers communs compensée par la diminution du sacrifice des créanciers personnels

1046. La communauté légale n'est autre qu'un gage façonné sur mesure par le législateur afin de représenter le crédit de la famille dans le but de favoriser l'intérêt de cette dernière. Le patrimoine d'affectation est taillé sur mesure par le législateur afin de représenter l'intérêt de la famille, pour en favoriser le crédit¹.

Il est même des éléments d'actif qui sont à la fois propres et communs vis-à-vis des créanciers et qui peuvent dès lors être saisis tant par les créanciers communs que par les créanciers personnels, les gains et salaires. Dans cette optique de façonnage de la communauté légale, l'intérêt de la famille passe avant les intérêts individuels des créanciers².

1047. Mais la création de la communauté légale se fait au détriment des créanciers exclusivement personnels, car ce qui constitue l'actif commun est en fait retiré du gage des créanciers personnels. Le crédit de la famille se construit donc aux dépens des créanciers personnels³. D'après la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, le gage des créanciers comporte non seulement les biens passés et présents, mais également les biens futurs comme garantie d'exécution des dettes passées. Il s'ensuit que les créanciers personnels sont lésés par la constitution de la communauté, car la potentialité future, caractéristique de leur gage commun, se trouve sévèrement atteinte.

C'est d'ailleurs à cause du sacrifice trop important des créanciers exclusivement propres que les gains et salaires sont devenus une assiette commune du gage de chacune des catégories de créanciers, propres et communs. Au lendemain de la réforme de 1965, le sacrifice des créanciers propres était si grand que le législateur a fini par réintroduire en 1985 les gains et salaires dans leur giron par modification de l'article 1411 du Code civil sans pour autant les retirer de celui des créanciers communs. C'est ainsi que les revenus du travail constituent aujourd'hui à la fois le gage des créanciers propres et celui des créanciers communs⁴.

1048. Dès lors, limiter par la temporalité de l'acception économique de la créance le gage des créanciers communs au moment de la dissolution du mariage permet de cantonner le sacrifice forcé des créanciers exclusivement propres. Et cette limitation a d'autant plus de justification de s'opérer que, concrètement, l'intérêt de la famille disparaît du fait de la dissolution du mariage, il n'est donc plus de raison de le favoriser, de le faire perdurer à travers les dettes communes de prix d'une exécution future. Celles-ci doivent se retrouver disqualifiées en dettes propres par l'effet de la

¹ R. CABRILLAC, op. cit., n°184 : « le crédit du ménage nécessite d'offrir une plus vaste assise au droit de poursuite des créanciers... ».

² Sur l'introduction du facteur temps : H. LECUYER, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th. 1993, n°420. Et l'auteur remarque que favoriser la famille sert également les tiers, les créanciers. C'est qu'en réalité l'enjeu réside dans le crédit de la famille (n°155).

³ H. LECUYER, th. op. cit. n°422 où l'auteur expose bien ici le rôle du facteur temps et la dérogation faite au gage général au sens de l'art. 2092 du Code civil par la constitution de l'actif commun, substance première de la communauté légale.

⁴ A. CHAMOULAUD-TAPIERS, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, PULIM, th. 1999, n°708 : Ce sacrifice exigé des créanciers propres avait été jugé excessif par la doctrine, si bien que la Loi de 1965 avait fait l'objet de sévères critiques sur le sujet, d'où la réforme de 1985 quant à l'article 1411 et la réintroduction des revenus des époux dans le gage des créanciers propres, certes en concurrence tout de même avec les créanciers communs.

dissolution et par application de l'acception économique de la créance, le prix de l'exécution antérieure restant commun, le prix de l'exécution postérieure devenant propre à l'époux devant en bénéficier. Nonobstant les dates d'échéances, la créance juridique se trouve ventilée dans son régime par l'acception économique de la créance.

Le petit sacrifice qui est ainsi fait des créanciers communs du prix d'une exécution postérieure se trouve compensé par la diminution du sacrifice fait aux créanciers exclusivement personnelle de par l'existence mécanique de la communauté légale. Globalement, les intérêts privés ne sont donc même pas menacés. Ils sont compensés et l'équilibre est restauré. Il est important à cet égard de comprendre qu'on ne les sacrifie pas pour en favoriser d'autres, mais que leur sacrifice diminue celui qui avait été fait des créanciers propres du fait de la constitution de la communauté légale.

L'atteinte se trouve donc nettement moins importante qu'il n'y paraît. À cela s'ajoute la justification de cette atteinte qui achève de convaincre du bien-fondé de l'utilisation de l'acception économique de la créance à la dissolution du mariage pour limiter le caractère commun des dettes nées durant celui-ci à la seule portion de l'exécution effectuée avant dissolution du mariage.

2/ L'atteinte justifiée à la propriété des créances

1049. Une double justification d'un intérêt supérieure légitime l'atteinte à la propriété des créances communes de prix de l'exécution postérieure à la dissolution. De façon très abstraite, il s'agira toujours de sécurité juridique, mais celle-ci s'exprime ici sous deux formes, la sécurité subjective de la séparation de la famille (a) et la sécurité objective de la cohérence du sous-système juridique que constitue la communauté légale (b).

a) La sécurité juridique subjective de la séparation de la famille

1050. En la matière, nous avons déjà évoqué la sécurité juridique inhérente au changement de situation juridique opéré dans la vie des époux par le jugement de divorce. Il y va aussi de la tranquillité des familles de ne plus être inquiétées par des dettes communes parfois longtemps après une séparation qui fut déjà traumatisante. À cela s'ajoute le fait que l'atteinte portée aux intérêts privés, à la propriété des créances peut être nuancée dans cette situation.

b) La sécurité juridique objective de la cohérence du mécanisme de la communauté légale

1051. Nous rencontrons ici un mécanisme existant en droit comptable et que nous avons développé à partir de l'inventaire physique effectué chaque fin d'année lors des opérations de clôture. Mais il convient de prendre du recul pour percevoir une raison mécanique inhérente au système de la

communauté légale qui justifierait de façon plus générale l'utilisation de l'acception économique de la créance pour déterminer les créances à l'actif et au passif de la communauté. Le raisonnement se veut plus commode et plus simple à exposer si nous nous plaçons en début de vie commune, au jour du mariage. Mais il est exactement le même en fin de mariage lors de la dissolution de celui-ci.

Conformément à l'**article 1401 du Code civil**, un bien est commun dès lors que la propriété en a été acquise durant le mariage¹. Qu'arrive-t-il si le contrat de vente est signé avant mariage, comme pour une vente en état futur d'achèvement, mais que la propriété de l'immeuble acheté se trouve transférée après mariage ? **L'immeuble est commun, car sa propriété fut transmise après mariage. La dette de prix ne sera pas considérée comme propre, car née avant mariage.** Elle sera considérée comme née au jour du transfert de propriété pour y voir une dette commune. Nous retrouvons ici application ici du principe de corrélation des produits et des charges. L'immeuble constitue le produit alloué à la communauté. Il est juste et équitable que la dette de prix corrélatrice soit à la charge de la communauté, non seulement entre les **époux**, mais aussi vis-à-vis de tous des **créanciers**, que ce soit le créancier du prix de vente de l'immeuble ou les créanciers personnels. L'adoption de l'acception économique de la créance pour apprécier les dettes de communauté, une naissance au jour du transfert de propriété en l'espèce, permet d'assurer cette corrélation.

Ainsi, lors d'une promesse synallagmatique antérieure au mariage, mais avec report du transfert de propriété au jour de l'acte authentique survenu après mariage², la dette de prix de l'immeuble vendu est née au jour de la promesse puisque celle-ci était synallagmatique et valait vente, tandis que le transfert de propriété s'est opéré après mariage. Il ne faut pas considérer pour autant que la dette de prix constitue une dette propre tandis que l'immeuble est un bien commun. Il y a application de la date de naissance de la créance économique et non pas juridique. Née au jour du transfert de propriété, la dette économique du prix de vente est une dette commune. Le créancier pourra donc exercer son action sur les biens communs.

Symétriquement, en fin de mariage, il apparaît incongru, tant vis-à-vis des époux que des créanciers, de considérer la dette de prix d'un bien ou même d'une prestation commune, alors que l'exécution interviendra postérieurement et augmentera ainsi l'actif propre d'un bien ou d'une prestation au profit de l'un de ces biens par exemple. C'est là l'effet mécanique de la détermination de l'actif commun par la propriété acquise durant la vie commune, voire même eu égard à la présomption de communauté, à la possession matérielle durant la vie commune, qui résonne avec la mécanique de l'inventaire physique en comptabilité. Partant du réel constaté et non pas du prévisionnel pour déterminer l'actif, le passif se retrouve corrélativement fixé par ancrage dans le réel lui aussi, par utilisation de l'acception économique de la créance.

¹ Par exemple, en cas de promesse unilatérale de vente signée avant mariage, mais de levée d'option après, le bien est commun puisque le transfert de propriété de l'immeuble s'est opéré après mariage : CA Bastia 7 févr. 2007, JurisData 2007-327183. Par analogie avec l'article 1405, qui dispose que sont propres les biens dont l'époux avait la propriété ou la possession au jour du mariage, que ce n'est pas la seule propriété, mais également la possession qui constitueraient deux critères de détermination des biens communs. Nous n'en sommes pas persuadés, la lettre de l'article 1405 du Code civil est à prendre avec parcimonie à notre sens. Certes, en matière de prescription acquisitive, le bien possédé avant mariage mais dont la propriété est acquise par la prescription après mariage reste propre. Mais nous pensons que cette solution relève d'une rétroactivité de la prescription acquisitive. En effet, en matière de crédit-bail, cette solution n'est pas adoptée, ce qui permet de penser que la simple possession ne suffit en réalité pas pour déterminer si un bien est commun ou propre, c'est le seul transfert de propriété qui serait déterminant. Lorsqu'un bien est en possession des époux par le biais d'un contrat de crédit-bail souscrit durant le mariage, mais que la propriété n'en est transférée qu'après le divorce, alors le bien n'est pas considéré comme commun en vertu de la possession antérieure, mais comme propre en vertu du transfert de propriété postérieur.

² Civ. 1, 30 avr. 1970, n°68-13.534, P.

C'est donc ici la cohérence du système de la communauté légale, la corrélation de l'actif et du passif de ce patrimoine d'affectation qui vient justifier l'utilisation de l'acception économique de la créance au moment de la dissolution du mariage. La cohérence du droit est en effet facteur de sécurité juridique à laquelle il convient de veiller, quitte à admettre une entrave très mesurée à certaines créances juridiquement nées, les créances de prix d'une exécution postérieure à la dissolution du mariage.

1052. À la dissolution du mariage, l'indivision postcommunautaire succède à la communauté légale. Or, tout comme la communauté légale, l'indivision, quelle qu'elle soit, n'est pas dotée de la personnalité juridique. Elle constitue également à notre sens un patrimoine d'affectation, une masse autonome de bien comportant un actif et un passif corrélatif pouvant à ce titre recevoir la qualification d'universalité de droit et donc de patrimoine d'affectation à défaut de constituer une personne à part entière. Il ne sera dès lors pas étonnant que l'acception économique de la créance soit également utilisée en matière d'indivision pour déterminer les portions de créances juridiques au titre desquels des créanciers peuvent accéder au gage que constitue l'indivision. Autrement dit, de même que l'acception économique de la créance sert à déterminer le passif communautaire, elle sert également à déterminer le passif de l'indivision.

§ 2 : Détermination du gage de l'indivision

1053. L'indivision n'est autre que la propriété collective d'un ou de plusieurs biens. Chaque coïndivisaire détient une quote-part abstraite indivise¹ de cet ensemble, ce jusqu'au partage qui peut en principe toujours être réclamé. L'indivision peut être conventionnelle, mais elle constitue le plus souvent un état transitoire en l'attente du partage. Elle peut alors provenir de différentes situations juridiques, indivision successorale faisant suite au décès en cas de pluralité d'héritiers, indivision post-communautaire faisant suite à la dissolution du mariage. Bien qu'elle ait initialement été conçue comme un état transitoire, elle peut être utilisée pour organiser, dans une certaine mesure une vie collective. Ainsi en va-t-il des sociétés démunies de personnalité juridique ou encore du PACS.

Malgré cette pluralité de source, le régime de l'indivision est incorporé, au sein du Code civil, dans le dispositif qui concerne les successions. Cette localisation n'est pas opportune, car elle élude partiellement le régime commun de l'indivision en semant le doute entre ce qui constitue des dispositions de droit commun et des dispositions spéciales du droit des successions. Il eut mieux valu insérer les dispositions, tant sur l'indivision que sur le partage, au sein du droit des biens²....

¹ Cette quote-part abstraite est cessible, peut être donnée en garantie, mais la loi empêche qu'elle fasse l'objet d'une voie d'exécution car sa nature engendrerait une vente forcée au rabais (PLANIOU et RIPERT, t.3, *Les biens*, n°290), le créancier doit donc passer par le partage pour exercer ensuite ses poursuites sur la quote-part divisée allouée à son débiteur.

² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, traité LGDJ, 2^e éd., 2010, n°469. La localisation des dispositions provient sans doute du droit romain qui comportait déjà dans la loi des XII tables une indivision et un droit au partage, mais en matière successorale uniquement. Partiellement contra, J. HAUSER, « Rapport de synthèse sur l'indivision », *Coll. ass. Capitant Bordeaux 2002*, p. 99 s. pour qui l'indivision n'est pas la « panacée universelle » et qui soulève que l'indivision résulte souvent d'un passé symboliquement chargé, ce pourquoi elle appartiendrait au moins autant au droit des personnes et de la famille qu'au droit des biens. À l'occasion de ce colloque les critiques portaient souvent, au final, indirectement, sur les règles trop rigoureuses de gestion de l'indivision, de telle sorte que la réforme des successions du 23 juin 2006, venue assouplir ces règles impliquerait sans doute une révision des critiques.

L'indivision revêt la nature d'une universalité de droit, car elle comporte non seulement des biens objets de propriété commune, mais également un passif dédié comme en dispose l'article 815-17 du Code civil. Pour cette raison, elle peut recouvrer la qualification de patrimoine d'affectation¹. La réforme de 1976 du droit de l'indivision avait pour axe majeur de procurer à cette dernière une certaine autonomie qui n'allait pas jusqu'à lui attribuer la personnalité juridique. C'est encore à travers le concept de patrimoine d'affectation, l'existence d'un passif corrélatif, que cette autonomie se manifeste.

1054. Comme en matière de communauté légale, l'acception économique de la créance pourra être utilisée ici tant dans le sens d'un régime de faveur que dans celui d'un régime de défaveur auquel cas il conviendra de prendre en compte la protection de la créance juridique en tant que bien. Dans le sens positif de la faveur, il s'agira de déterminer la mesure de l'accès au gage que représentent les biens de l'indivision (A). Dans le sens négatif, il sera question de sécuriser l'opération juridique de partage par la limitation du droit personnel dont disposent les créanciers de l'indivision à l'égard des coïndivisaires, ces derniers étant en principes tenus conjointement des dettes de l'indivision (B).

A. Détermination positive de la mesure de l'accès aux biens de l'indivision

1055. C'est la créance économique née à l'occasion de l'indivision qui se cache en réalité derrière l'expression des « dettes de conservation et de gestion » reprise à l'occasion de divers patrimoines d'affectation (1). En matière d'indivision, l'expression est reprise par l'article 815-17 du Code civil qui contribue à déterminer le passif indivis et qui, constituant du droit commun de l'indivision, se retrouve nécessairement dans toutes les sortes d'indivisions (2).

1/ La créance économique constitutive des créances « de conservation et de gestion »

1056. Contrairement aux créanciers personnels des indivisaires, les créanciers de l'indivision peuvent saisir les biens indivis et ne sont pas contraints de provoquer le partage pour atteindre les biens placés en indivision. Ces créanciers de l'indivision, dont dispose l'article 815-17 du Code civil sont *« les créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision, et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis »*.

1057. Comme nous avons eu l'occasion de le voir dans le chapitre sur la notion de créance économique, la méconnaissance actuelle du concept oblige les acteurs du droit à tâtonner autour, que ce soit par l'exigibilité, par la perception ou encore par la créance acquise, sans pour l'instant être parvenu à la cohérence et à l'unité. **Les « créances de conservation et de gestion »** font partie de

¹ En ce sens, J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Puf 2011, spéc. p. 362.

ces approximations de la créance économique. Elles ne **sont en réalité que les créances économiques nées à l'occasion du patrimoine d'affectation.**

François Xavier Testu relève le caractère restrictif de la formule et remarque qu'elle n'est pas à prendre au pied de la lettre, qu'« *en vérité toute dette née du fonctionnement de l'indivision doit être admise dans le passif indivis* »¹. Des travaux d'embellissement, qui ne donnent par définition pas lieu à des dettes de conservation et de gestion, donneront néanmoins à l'entrepreneur la possibilité de poursuivre les biens indivis. Ses poursuites ne seront pas limitées à l'indivisaire ayant ordonné lesdits travaux. Ce ne sera qu'en interne dans les rapports entre coindivisaires que se règlera la répartition éventuelle de la charge si elle résulte d'une faute de l'indivisaire concerné.

Mais l'auteur précise instinctivement dans son exemple qu'il s'agit de travaux que l'entrepreneur « a réalisés » et non pas simplement de travaux commandés. C'est effectivement le réalisé qui sera pris en compte, mais en réalité parce qu'il y a application de la date de naissance de la créance économique derrière les « créances de conservation et de gestion ».

L'exécution de prestations au profit de l'indivision donne droit à un recours sur les biens de cette dernière pour le paiement du prix correspondant, peu importe que la créance juridique de prix soit née avant l'indivision sur la tête du futur indivisaire qui en avait alors fait la commande.

L'acception économique de la créance permet de remettre le prix des prestations effectuées au profit des biens indivis à la charge de cette dernière, quand bien même la créance juridique serait née avant qu'il n'y eu indivision.

Ainsi, le contrat d'assurance, le contrat d'alarme, le contrat de service de sécurité, afférent à un immeuble indivis, donne le droit au cocontractant fournisseur du service et créancier du prix à un recours contre l'indivision pour le prix correspondant à l'exécution accomplie durant l'indivision au profit de cette dernière, mais non pour la part du prix correspondant à une exécution antérieure à l'indivision, ce quelles que soient les dates d'exigibilité stipulées².

1058. L'exemple classique du contrat de bail peut être pris. Celui-ci peut aussi bien se développer sous l'angle du passif indivis que sous celui de l'actif indivis où la créance économique permet de déterminer les profits acquis à l'indivision.

Prenons l'exemple d'un fonds de commerce exploité sous la forme d'une société non immatriculée ou bien tombé en indivision successorale par le décès de son exploitant. Nous avons vu que la créance de loyers était née au jour du contrat de bail. Mais en l'espèce, l'acception économique de la créance s'appliquera pour que la part de loyers correspondant à l'occupation postérieure à la constitution de l'indivision repose sur cette dernière. Outre la charge du loyer entre les indivisaires, cela permettra au bailleur d'accéder au gage exclusif de l'indivision, conformément à l'article 815-17 du Code civil, mais exclusivement pour le prix de l'exécution fournie durant l'existence de l'indivision, pour la part de loyers correspondant à l'occupation postérieure à la constitution de

¹ F.-X. TESTU, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action 2011, n°253.12.

² Mais si la créance juridique était née avant, alors le créancier peut continuer à poursuivre son cocontractant initial pour le tout, y compris pour les prestations accomplies après la mise en indivision de l'immeuble. Il y a transfert du contrat en indivision sans libération du cocontractant initial qui demeure alors garant du paiement de la créance de prix née sur sa tête.

l'indivision, quelle que soit la date d'échéance convenue entre les parties. Une échéance pourra être ventilée si par exemple le bailleur entend poursuivre sur l'actif indivis le paiement d'une échéance comportant pour partie une période antérieure à l'indivision, pour partie une période postérieure à celle-ci.

Corrélativement, du point de vue de l'actif, l'acception économique de la créance pourra servir à déterminer les produits de l'indivision qui viennent en accroître la masse. Il pourra s'agir de la créance économique de fruits civils. Mais il pourra pareillement s'agir de toute créance économique née en cours de l'indivision par la fourniture d'un bien ou d'un service à partir de cette dernière.

1059. L'article 815-17 dispose des créances qui existaient déjà dans la masse devenue indivise avant qu'il n'y ait eu indivision. Cette première catégorie de créances peut se retrouver dans le cadre d'une indivision successorale, ce sont les anciennes dettes du défunt. Elles peuvent également se retrouver dans le cadre d'une indivision postcommunautaire, ce sont les anciennes dettes de la communauté légale. Mais elles ne se retrouvent pas dans les indivisions vierges, c'est-à-dire dont la masse n'existait sous aucune autre forme avant la constitution de l'indivision comme l'indivision conventionnelle ou encore l'indivision générée par un PACS. Il n'en va pas de même des créances de conservation et de gestion qui se retrouvent dans toutes les indivisions et constituent nécessairement le passif indivis.

2/ La créance économique constitutive du passif commun de toute indivision

1060. L'article 815-17 du Code civil fait partie du droit commun de l'indivision. Le passif indivis, et spécialement les créances de conservation et de gestion se retrouveront donc dans toutes les indivisions, notamment en matière d'indivision postcommunautaire, conventionnelle, dans le PACS¹, voire même de façon marginale dans l'hypothèse d'une société liquidée². En outre, un coïndivisaire ayant payé une dette de l'indivision devient mécaniquement créancier de l'indivision et pourra en exiger le paiement avant et hors partage³. Le propos se limitera ici à quelques développements illustratifs sur l'indivision postcommunautaire (a) et sur le PACS (b).

a) L'indivision postcommunautaire

¹ Cons. const. 9 nov. 1999, n°99-419 DC, les art. 815 et suivants du Code civil s'appliquent naturellement à l'indivision des partenaires pacsés.

² Après clôture de la liquidation, les biens subsistants peuvent être considérés en indivision et à ce titre saisis par d'éventuels créanciers également oubliés. Ces derniers ont le choix entre faire revivre la personne morale ou invoquer le droit de l'indivision.

³ Civ. 1, 10 févr. 2001, n°98-13006, P. Un coïndivisaire avait payé les dettes de l'entreprise du défunt et pouvait dès lors, en sa qualité de créancier de l'indivision, saisir les fonds en dépôt à la CARPA pour le compte de l'indivision avant tout partage, nonobstant sa qualité de coïndivisaire.

1061. L'acception économique de la créance est utilisée afin de distinguer le passif propre du passif commun. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 30 septembre 1992¹, il s'agissait de déterminer la date de naissance de la dette de prix de travaux effectués sur un immeuble commun afin de savoir si cette dette, payée par un seul des deux époux, constituait une dette de la communauté ou bien une dette de l'indivision postcommunautaire, les deux ne recevant pas le même régime comme il sera expliqué plus loin. Si l'exécution des travaux s'était étalée tant avant qu'après le divorce, la commande avait quant à elle été faite pour le tout avant divorce. Dès lors, si le concept de créance juridique avait été appliqué, il se serait agi d'une dette commune pour l'intégralité des travaux, nonobstant la date d'exécution, donnant lieu à récompense au profit de l'époux qui en avait payé l'intégralité. Tel ne fut pas le cas. La Cour d'appel, confirmée par la suite sur ce point par la Cour de cassation², opère une ventilation selon la date d'exécution des travaux, dette commune pour les travaux effectués avant divorce, dette de l'indivision pour les travaux effectués après. C'est donc bien la date de naissance de la créance économique de prix qui se trouve appliquée ici.

1062. La différence de qualification entre dette commune et dette de l'indivision n'a que très peu d'impact **à l'égard du créancier**. Celui-ci peut dans tous les cas saisir les biens communs devenus indivis en vertu de l'article 815-17 du Code civil. Il dispose également dans tous les cas d'un recours personnel pour moitié contre l'époux n'ayant pas contracté la dette, soit en vertu de l'article 1483 du Code civil, soit en vertu du fait que les indivisaires sont débiteurs conjoints des dettes de l'indivision. Finalement la seule différence serait qu'après partage le recours pour moitié est limité à l'émolument perçu par l'ex-époux n'ayant pas contracté la dette, tandis que cette limite du recours personnel n'existe pas si la dette était indivise.

1063. C'est surtout **dans les rapports entre les époux** que la différence de qualification entre dette commune née avant la dissolution et dette de l'indivision née après la dissolution du mariage s'avère importante, lorsque l'un des époux s'en est acquitté au moyen de ses fonds propres. Si la dette acquittée était une dette commune, il y a droit à récompense. S'il s'agissait d'une dette de l'indivision, il y a créance de l'époux sur l'indivision pour avoir payé une dette de cette dernière. Le régime n'est pas le même, tant du point de vue de la liquidation que du point de vue du paiement.

Quant au mode de calcul, malgré de fortes similitudes, le juge dispose d'un pouvoir plus large d'appréciation pour ce qui concerne la créance sur l'indivision. Pour la dette de l'indivision, l'article 815-13 du Code civil dispose que l'indivisaire qui s'est acquitté d'une dépense nécessaire à l'indivision ou d'une dépense d'amélioration a droit à compensation selon l'équité et eu égard à la plus-value générée sur le bien. Moins souple, l'article 1469 du Code civil dispose que la récompense

¹ CA Bordeaux, 30 sept. 1992, JurisData n°045890 : « les travaux effectués sur l'immeuble commun avant l'assignation en divorce du 14 mai 1984 s'analysant en une dette de communauté en application de l'article 1409 alinéa 2 du Code civil et ceux du 6 janvier 1987 s'analysant comme une dépense nécessaire, au sens de l'article 815-2 du Code civil qui oblige le coindivisaire ».

² Civ. 1, 6 déc. 2005, n°03-10000, inédit. La date du devis (naissance juridique), ne sert que d'indice pour situer la date des travaux (naissance économique), nécessairement postérieurs : « ils (les travaux) ont été exécutés au plus tôt en mars 1993 (date du devis) et, en tout état de cause, postérieurement au prononcé du divorce (1989) ..., ne pouvaient (les travaux) relever du régime des récompenses et ressortaient exclusivement de celui de l'indivision post-communautaire... ». L'arrêt est cassé pour ne pas avoir appliqué l'art. 815-13 du Code civil à la dette correspondant aux travaux effectués après divorce, dette de l'indivision. Mais la haute juridiction insiste bien sur l'importance de la date d'exécution de travaux et confirme implicitement le raisonnement opéré par les juges du fond quant à la ventilation selon la date d'exécution antérieure ou postérieure au divorce.

correspond en principe au montant le plus faible de la somme déboursée ou du profit subsistant, celui-ci correspondant en réalité à la plus-value éventuellement générée par la dépense. Pour les dépenses d'acquisition et de conservation qui sont nécessaires, la récompense est au final égale à la plus forte des deux sommes, le montant effectivement déboursé ou la plus-value.

Du point de vue du mode de paiement, la différence provient du fait que les deux droits n'ont ni la même nature ni la même fonction. La récompense n'est calculée et payée qu'au stade de la liquidation¹. Son exigibilité est reportée aux opérations de liquidation partage de la communauté légale, au partage définitif. Le paiement ne peut s'effectuer que par incorporation aux opérations de partage, en moins prenant ou par prélèvement. Au contraire, la créance en compte contre l'indivision peut faire l'objet d'une action avant partage, elle est immédiatement exigible. L'époux créancier a même tout intérêt à en réclamer le paiement s'il ne veut pas voir son droit atteint par la prescription quinquennale. Il s'ensuit une différence également quant aux intérêts légaux si le montant utilisé correspond au montant déboursé. Aucun intérêt n'est dû sur une récompense, tandis que l'intérêt légal court sur la créance en compte d'indivision.

Contrairement à l'indivision postcommunautaire qui naît avec en son sein les dettes communes, l'indivision du PACS naît vierge². C'est qu'elle a pour vocation d'incorporer une certaine dose de communautarisme patrimonial dans le PACS, tandis qu'elle sonne le glas de ce dernier pour le mariage. Mais, dans les deux cas, nous retrouvons les créances de conservation et de gestion, les créances économiques nées à l'occasion du patrimoine d'affectation que constitue l'indivision.

b) L'indivision du PACS

1064. Créé par la loi n°99-944 du 15 novembre 1999, le Pacte Civil de Solidarité utilise au plan patrimonial le moule de l'indivision pour injecter dans l'institution une certaine communautarité patrimoniale. Initialement, le régime de l'indivision se présuait entre les partenaires du PACS, mais pouvait être écarté par la convention. Suite aux critiques virulentes de la doctrine quant au caractère inapproprié de l'indivision pour gérer l'aspect patrimonial d'une communauté de vie, l'institution étant par essence transitoire et temporaire, tandis que le PACS aspire à davantage de longévité, et par les conséquences de ce choix qui créait un régime communautaire plus astreignant et plus vorace que la communauté légale elle-même³, le législateur est revenu sur cette présomption d'indivision par la loi du 23 juin 2006. Depuis lors, les partenaires doivent opter pour l'indivision⁴, elle ne s'applique plus d'office. Cependant, même en l'absence d'option, l'indivision demeure en filigrane puisque les

¹ Art. 1473 du Code civil.

² Encore que le pacte pourrait sans doute prévoir l'indivision sur une dette déjà née. Ce pourrait être le cas par exemple en cas de constitution d'une indivision sur un immeuble déjà acquis par l'un des deux partenaires et constituant leur domicile. Il serait alors souhaitable de transférer en indivision le prêt corrélatif en cours de remboursement souscrit pour l'acquisition initiale du bien. Les développements de M. FLOUR permettent d'aller en ce sens, *Droit patrimonial de la famille*, dir. M. Grimaldi, Dalloz Action, 2011, n°511-81. Les partenaires peuvent limiter ou étendre le champ de l'indivision.

³ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au PACS », *JCP G* 1999, 1551, pour l'auteur nous étions en présence d'une « *indivision universelle* » qui ressemblait à s'y méprendre à une communauté universelle. Voir également MALAURIE et FULCHIRON (op. cit.) le régime conduisait les partenaires à une situation « *plus communautaire que la communauté* ».

⁴ Ar. 515-5-1 du Code civil, les biens acquis sont indivis sans recours en cas de participation inégalitaire à l'acquisition.

meubles dont la propriété exclusive ne peut être prouvée sont présumés indivis¹. C'est cependant essentiellement lorsque les partenaires auront choisi le régime de l'indivision pour créer entre eux une communauté patrimoniale que celle-ci prendra toute son importance dans le PACS. Enfin, il faut noter que l'indivision concerne tous les pactes conclus avant le 1^{er} janvier 2007 et qui ne l'avaient pas écartée.

1065. La loi ne semble pas se préoccuper du passif, mis à part pour la solidarité des dettes de la « vie courante »² dont dispose l'article 515-4 du Code civil. Mais le droit commun de l'indivision s'applique nécessairement, en particulier l'article 815-17 du Code civil. L'indivision comporte donc un passif, le passif né de la conservation et de la gestion des biens indivis.

La lecture attentive de l'article 515-5 al. 1^{er} permet de déceler l'existence de ce passif. L'article dispose, contrairement au cas de la communauté légale, que chacun des partenaires « *reste seul tenu des dettes personnelles nées avant ou pendant le pacte* », hormis le cas de la solidarité des dettes de vie courante. A contrario, on en déduit que les partenaires ne sont pas seuls tenus des dettes qui ne sont pas personnelles et qui ne sont autres que les dettes nées à l'occasion de la conservation et de la gestion des biens indivis.

Comme nous l'avons soulevé précédemment, c'est par application de la dette économique qu'il conviendra d'apprécier ce passif, à savoir le prix de toute prestation née à l'occasion des biens indivis, nonobstant les dates de passation des contrats y afférents qui correspondent au concept juridique de créance, nonobstant également les dates d'échéance et les modalités de paiement.

1066. Toutefois, on pourrait se demander si l'acception économique de la créance présente ici une utilité dans la mesure où l'indivision du PACS naît en principe vierge de toute dette, mais également de tout bien. Quelles pourraient être les dettes contractées avant, juridiquement nées avant, dont l'exécution bénéficierait malgré tout à l'indivision du PACS ? En effet, contrairement à la communauté légale, l'indivision du PACS n'est qu'une indivision des biens acquis par les partenaires à l'exclusion des liquidités, de l'argent et des créances de sommes d'argent. Contrairement à la communauté légale, toute prestation accomplie pendant le PACS ne bénéficie pas à l'indivision du PACS qui ne porte que sur des biens, qui n'incarne pas aussi complètement au plan patrimonial la communauté de vie des partenaires. Il nous semble que l'hypothèse serait limitée aux contrats passés à l'occasion d'un bien déjà détenu par l'un des partenaires et apporté par lui à l'indivision du PACS au moment de sa constitution.

¹ Art. 515-5 al. 2nd du Code civil.

² Le dispositif est analogue aux dettes de l'art. 220 du Code civil en communauté, celles ayant « *pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants* ». Pierre MURAT remarque que les dettes de la vie courante du PACS recouvre sans doute un champ plus large, mais que d'un autre côté les enfants ont été oubliés. L'auteur pense que la jurisprudence s'alignera ici in fine sur celle de l'article 220 pour déterminer les dettes bénéficiant de la solidarité des partenaires du PACS (*Droit de la famille*, dir. P. MURAT, Dalloz Action 2010/2011, n°152-15). Remarquons que cette solidarité permet d'atteindre les biens indivis car alors tous les indivisaires sont débiteurs du même créancier pour cette même dette. C'est là un point primordial.

Mais l'acceptation économique de la créance ne sert pas que favorablement pour déterminer l'accès et la substance du gage du patrimoine d'affectation. Elle doit également s'appliquer de façon défavorable pour sécuriser d'importants changements de situations juridiques, celui du décès pouvant ouvrir sur une indivision successorale et celui du partage mettant fin à toute indivision. Dans ce jeu de défaveur, l'utilisation de l'acceptation économique de la créance ne pourra se faire qu'en prenant en compte la protection constitutionnelle et conventionnelle de la créance en tant que bien.

B. Détermination négative par l'exclusion d'un régime de faveur

1067. L'utilisation de l'acceptation économique de la créance peut s'imposer alors même qu'elle serait défavorable à la créance juridique. L'acceptation économique de la créance sert alors toujours à ventiler la créance en une pluralité de régime. Mais elle n'octroie plus un régime favorable, précédemment l'accès au gage des biens de l'indivision, pour une portion de créance. Elle exclut l'application d'un régime favorable dont le maintien porterait atteinte à la stabilité juridique d'une situation nouvelle ou à la sécurité juridique d'une opération juridique de première importance.

Cette utilisation défavorable intervient pour protéger la situation juridique nouvelle découlant du décès d'une personne (1) ou du partage mettant fin à toute indivision (2).

1/ Limitation par contraste du privilège de séparation des patrimoines

1068. Il existe une conséquence par contraste à l'utilisation de la créance économique pour déterminer les créanciers pouvant accéder au gage de l'indivision. C'est aussi la créance économique qui permet de déterminer les créances antérieures du point de vue du régime dont elles bénéficient. Nous avons déjà rencontré le phénomène en communauté légale à travers l'exemple jurisprudentiel que nous avons fourni. L'acceptation économique de la créance permettait d'identifier une dette de l'indivision postcommunautaire, mais cela permettait de faire le départ entre les dettes communes et les dettes postcommunautaire. Il s'ensuit que l'utilisation de l'acceptation économique de la créance pour identifier le passif indivis limite sert mécaniquement à limiter le passif commun. L'acceptation économique de la créance permet un découpage temporel, le prix de l'exécution antérieur à la dissolution du mariage constitue une dette de communauté et le prix de l'exécution postérieure constitue un passif indivis, quand bien même la dette juridique serait née pour le tout avant dissolution du mariage. Ainsi, concernant les primes d'assurance d'un immeuble commun devenu indivis, bien que le contrat soit souscrit ou renouvelé durant la vie commune et la dette de prime née durant le mariage, cette dette juridique unique se trouve ventilée au moyen de la créance économique, la portion de prime d'assurance correspondant à une couverture antérieure au mariage recevant le régime d'une dette commune, tandis que la portion de prime d'assurance correspondant à une couverture postérieure à la dissolution de la communauté constitue une dette indivise.

1069. Présentée sous une autre forme, l'acception économique permet de faire le départ entre les deux catégories de créanciers mentionnées à l'article 815-17 du Code civil, ceux « *qui auraient pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision et ceux dont la créance résulte de la conservation ou de la gestion des biens indivis* »¹. Ce distinguo n'a certes pas d'importance du point de vue de l'article 815-17, de la possibilité de saisir les biens indivis, mais cela en a sous un autre angle, car les créances économiques antérieures à l'indivision ne bénéficient pas par ailleurs d'un régime identique aux créances dont l'acception économique est née durant l'indivision. Historiquement, l'article 815-17 du Code civil, issu de la loi du 31 décembre 1976, consacrait la jurisprudence Frécon rendue par un arrêt de chambre des requêtes du 24 décembre 1912 où la haute juridiction consacrait le principe selon lequel, « *malgré la division légale entre les héritiers des dettes de la succession, le gage dont les créanciers du défunt jouissaient de son vivant, continue, même après son décès, et ce jusqu'au partage, de subsister d'une manière indivisible sur l'hérédité toute entière...* »². Mais l'arrêt Frécon, qui consacrait le maintien du gage des créanciers successoraux à travers l'indivision et jusqu'au partage, ne mentionnait que la première catégorie de créanciers énoncée par l'article 815-17 du Code civil. La seconde catégorie qui désigne les créanciers de l'indivision, les « créances de conservation et de gestion » fut ajoutée par le législateur, non sans contestations de la part de la doctrine.

1070. Si les créanciers antérieurs, en tant que créanciers successoraux, et les créanciers postérieurs au décès, en tant que créanciers de l'indivision, peuvent tous deux saisir les biens indivis conformément à l'article 815-17 du Code civil, les créanciers antérieurs bénéficient quant à eux du privilège de séparation du patrimoine. L'acception économique de la créance doit donc servir par contraste à limiter le privilège de séparation du patrimoine aux créances de prix d'une exécution antérieure au décès et à l'exclure pour les créances de prix d'une exécution postérieure à celui-ci. La créance juridique de prix antérieure au décès ne bénéficie donc pas forcément du privilège de séparation du

¹ La lettre de l'article est cependant maladroite car elle laisse à penser que c'est l'exigibilité antérieure de la créance qui conditionne la mise en œuvre du mécanisme. Il n'en est rien, c'est bien de la naissance de la créance dont il est question (M. DAGOT, *L'indivision*, Litec, 1978, p. 183), et incidemment de sa date de naissance, ainsi qu'il en résulte du raisonnement suivi par la jurisprudence Frécon que le législateur n'a fait que consacrer. Le législateur n'a malheureusement pas saisi l'occasion de clarifier ce texte lors de la réforme de 2006.

² Req. 24 déc. 1912, *D.* 1915, 1, 45, *S.* 1914, 1, 201, *GA*. Il s'agissait d'un rapt d'enfants par le père des suites duquel la mère avait obtenu une astreinte substantielle. Pour s'opposer à la saisie des biens du défunt débiteur, les héritiers invoquaient le principe de division des dettes. Le fondement de la solution fut alors discuté en doctrine, maintien du gage ou absence de raison d'être de la division des dettes avant partage (contrebalancer l'obligation ultra vires hereditatis) ? N'est-ce pas là les deux faces d'une même pièce, le maintien de la substance du patrimoine du de cujus, activement et passivement, en l'instance du partage.

Voir postérieurement pour une énonciation similaire, Trib. Brive, 27 janv. 1938, *D.* 1939, 2, 53, *Nast*, qui s'interroge sur la légalité de cette absence de division des dettes héréditaires avant partage et y répond, d'une part par référence aux intérêts des créanciers successoraux, à l'équité, par analogie avec la communauté légale, mais d'autre part et surtout par une argumentation technique reposant sur le concept de patrimoine, expliquant ainsi que « *tant que le partage n'est pas consommé, la succession, bien qu'elle ne soit pas une personne juridique, n'en conserve pas moins une certaine autonomie et demeure indépendante, (...) la succession subsiste comme "masse" autonome et indépendante (...) ces solutions sont conformes à la notion moderne de patrimoine (...)* La succession étant, pendant son indivision, un "patrimoine" indépendant ».

Pour une explication du fondement, voir notamment M. GRIMALDI, *Les successions*, Litec, n°613 s., qui relève que la règle est fondée « *sur la survivance de la personnalité juridique du de cujus, sa mort est retardée en quelque sorte* ». Et l'auteur remarque que, par ce biais, les successeurs peuvent se retrouver à supporter l'insolvabilité de l'un d'eux, ce qui n'est en principe pas le cas si l'on s'attache au seul principe de division des dettes entre les héritiers au décès du débiteur.

Pour un rappel du fondement incidemment au mode de paiement en résultant, un prélèvement avant partage, même lorsque le créancier est un indivisaire, civ. 1, 4 juill. 2007, n°06-13770, P, le créancier avait consenti un prêt aux époux décédés, ce dont il résultait qu'il « *disposait, sur le patrimoine de ses débiteurs, d'un droit de gage général lui conférant la qualité de créancier de l'indivision comme ayant pu agir sur les biens indivis avant qu'il y eût indivision au sens de l'article 815-17, alinéa 1er, du code civil* ».

patrimoine pour le tout. C'est là d'après nous l'une des conséquences nécessaires de l'effet puissant du décès du cocontractant¹, la césure générée par le décès s'opère à l'échelle du contrat, mais également à l'échelle des obligations principales qui en étaient nées.

Le privilège de séparation du patrimoine atténue la fusion des patrimoines générée par le transfert universel au bénéfice des créanciers successoraux. L'expression est impropre, car les patrimoines ne sont pas séparés², ils fusionnent, si bien que les créanciers successoraux sont en concours du point de vue de la course au paiement avec les créanciers personnels de l'héritier en cas d'acceptation pure et simple de la succession sans pluralité d'héritiers, c'est-à-dire en l'absence d'une indivision successorale et d'une procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net. S'il n'y a pas véritablement « *séparation des patrimoines* »³, il n'y a pas non plus toujours « *privilège* »⁴. Le privilège de séparation des patrimoines constitue avant tout une priorité de paiement au profit du créancier successoral lorsque celui-ci se retrouve en concours avec un créancier personnel de l'héritier sur un bien issu de la succession⁵. Mais il peut s'agir d'un véritable privilège si les créanciers successoraux ont pris soin de procéder à son inscription à la conservation des hypothèques (art. 2383 et 2374 6° du Code civil). Il s'agira alors d'un privilège immobilier spécial qui primera toute hypothèque inscrite par un créancier personnel de l'héritier. L'inscription permet cette fois-ci l'exercice d'un droit de suite⁶. Toute créance successorale peut faire l'objet d'une inscription, « *peu importe que la créance ne soit pas liquide ou exigible* »⁷. Dans l'hypothèse d'une créance non encore déterminée, une inscription provisionnelle peut être effectuée⁸.

¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du cocontractant*, th. Économica, 1988.

² MESTRE, PUTMAN et BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, traité LGDJ, n°98, il n'y a privilège que par inscription sur les immeubles de la succession en vertu de l'art. 2103-6°, « *c'est donc bien que la séparation des patrimoines n'emporte pas de privilège (...) par nature* ».

³ JUBAULT, *Successions*, Montchrestien, 2^e éd. 2010, n°975 s., c'est l'idée de « *mémoire* » des biens qui constituaient la succession. C'est en réalité un droit de priorité qui offre une sécurité comme s'il y avait séparation. La séparation n'est pas réelle malgré la lettre de l'ancien art. 878 du Code civil d'après lequel les créanciers du défunt peuvent demander la séparation des patrimoines de l'héritier et du défunt, la réforme de 2006 ayant d'ailleurs corrigé ce point puisqu'il est dorénavant écrit que « *les créanciers (...) peuvent demander à être préférés* ». A.-C. VAN GYSEL, *Précis du droit des successions et des libéralités*, Bruyant 2008, p. 686, le mécanisme étant identique en droit belge et l'auteur étant particulièrement éclairant sur certains aspects.

⁴ L'art. 2324 du Code civil définit le privilège, c'est « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ».

⁵ Art. 881 du Code civil, prescription de deux ans pour les meubles, aussi longtemps qu'ils demeurent la propriété de l'héritier pour les immeubles. Il sera préférable pour le créancier de faire établir un inventaire des biens du défunt aussitôt après le décès. Mais cela suppose que le créancier soit promptement informé dudit décès et sache où se situe l'intégralité des biens meubles du défunt. En outre, le décès n'emportant pas déchéance du terme, si la créance n'est pas encore exigible au jour du décès, il sera préférable au créancier d'invoquer son droit de préférence pour prendre des mesures conservatoires sur les biens meubles du défunt (A.-C. VAN GYSEL, op. cit., p. 688, solutions proposées transposables en droit français). À défaut, la fusion des patrimoines s'étant en réalité opérée, l'héritier est libre de vendre les biens du défunt. Dès lors, si le créancier n'intervient pas à tout le moins avant paiement des biens vendus pour invoquer son droit de préférence, alors il perd de facto ce dernier sur les biens licites. C'est que les meubles du défunt risquent fort d'être confondus avec ceux de l'héritier, cette confusion constituant un obstacle matériel, factuel, à la mise en œuvre sur eux du privilège de séparation du patrimoine (*Droit patrimonial de la famille*, dir. M. GRIMALDI, Dalloz action 2011/2012, n°261.171). La tâche sera plus facile pour les immeubles puisque ces derniers font l'objet d'un registre de publicité légale à la conservation des hypothèques. Il faudra alors au créancier inscrire son privilège, là encore avant que l'héritier n'ait vendu les immeubles devenus les siens à un tiers de bonne foi.

⁶ En pratique, comme pour l'hypothèque, le notaire chargé de la vente du bien procédera à la purge dudit privilège.

⁷ CABRILLAC, MOULY et PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., n°889. Également en ce sens, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action 2011/2012, dir. M. GRIMALDI, n°261.161, exposant que tout créancier peut exercer le privilège de séparation du patrimoine, « *peu importe que la créance soit exigible, liquide ou que le créancier soit muni d'un titre exécutoire* ».

⁸ Constituant une sûreté réelle, qui dégénère en hypothèque dans le cas d'une inscription au-delà des quatre mois suivant le décès (art. 2386 al. 2 du Code civil) un rapprochement peut s'opérer. Or, l'article 2423 du Code civil prévoit la prise d'hypothèque pour une créance non encore chiffrable mais d'ores et déjà déterminable dispose que, « *le cas échéant, les parties évaluent à cette fin les rentes, prestations et droits indéterminés* », mais déterminables. Ajoutons d'ailleurs que les procédures collectives, que ce soit du droit des entreprises en difficulté ou en matière successorale en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net, prévoient la possibilité, pour la déclaration des créances, d'une déclaration provisionnelle pour les créances dont le montant n'est pas encore connu au jour de la déclaration. Enfin, pour les meubles, l'absence d'exigibilité ou de liquidité de la créance n'empêche pas de

1071. Il convient d'emblée de saisir le problème. Nous avons vu en première partie, de façon incontestable, que la créance issue d'un contrat à durée déterminée était née pour le tout en principe au jour du contrat. Imaginons un bail commercial souscrit par le preneur juste avant son décès par accident. Il n'apparaît pas raisonnable d'envisager que le bailleur puisse invoquer son privilège de séparation des patrimoines pour les loyers des années à venir dont la jouissance aura profité à l'héritier acceptant pur et simple, éventuellement à l'héritier attributaire du fonds de commerce et du bail commercial l'accompagnant. Le décès doit emporter une ventilation de la créance juridique née avant le décès afin que seul le prix de l'occupation antérieure bénéficie du privilège de séparation du patrimoine, nonobstant la date d'exigibilité de la créance, et que le prix de l'occupation postérieure constitue soit une créance indivise pour le temps d'une indivision éventuelle, soit une créance personnelle de l'héritier bénéficiant du contrat.

1072. S'avère donc critiquable la solution que nous avons déjà rencontrée d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 16 mai 1938 où une compagnie d'assurance ayant souscrit un contrat avec le défunt a pu bénéficier du privilège de séparation des patrimoines pour les primes d'assurances échues après décès et correspondant à la couverture d'un risque postérieur à ce dernier¹.

Une telle solution n'est absolument pas opportune sur le plan de la sécurité juridique. Pour cette raison, le soutien d'une telle solution ne peut générer que de l'inconfort.

Nous retrouvons cet inconfort sous la plume de Philippe Durnerin dans sa thèse sur la notion de passif successoral. Commentant l'arrêt précité, mais surtout s'interrogeant sur la problématique, l'auteur considère que toutes les créances sont nées au jour du contrat, qu'il s'agisse du prix d'un contrat à exécution instantanée, à exécution successive et même à durée indéterminée, et que par conséquent le privilège de séparation des patrimoines doit être octroyé pour le tout². L'inconfort de

prendre des mesures conservatoires (A.-C. VAN GYSEL, op. cit., en droit belges des successions, solution transposable d'après nous) en garantie de son paiement. En effet, les mesures conservatoires, contrairement aux mesures d'exécution, ne nécessitent qu'une créance paraissant fondée en son principe qui n'a pas besoin d'être exigible (A. LEBORGNE, *Voies d'exécution*, Précis Dalloz, n°2719). Mais il faudra au créancier prouver la mise en péril de ce recouvrement. Il nous apparaît alors que la mesure d'une créance non liquidable au jour de la demande entrera dans cette seconde condition, il appartiendra au créancier de prouver dans quelle mesure le recouvrement de sa créance est menacée, la mesure du danger venant alors suppléer la mesure de la créance.

¹ Soc. 16 mai 1938, S. 1939, 1, 281, note H. VIALLETON. Dans cette affaire, un agriculteur avait souscrit auprès d'une compagnie d'assurance un contrat d'assurance contre le risque de grêle stipulant l'éventuelle transmission du contrat aux héritiers en cas de décès. Nombre de primes postérieures au décès n'ayant pas été payées, l'assureur avait pris inscription du privilège de séparation du patrimoine sur les immeubles relevant de la succession afin de garantir leur paiement. Les héritiers ayant réclamé et obtenu la mainlevée du privilège, la compagnie d'assurance se pourvu en cassation. Toute la question était de savoir si les primes postérieures, objet de l'inscription, correspondaient à une créance successorale antérieure ou à une succession de créances postérieures alors personnelles des héritiers. La cour d'appel avait ordonné la main levée du privilège inscrit pour les primes d'assurances échues postérieurement au décès au motif que « *les primes ou cotisations afférentes à la période de temps écoulée depuis l'ouverture de la succession auraient été l'objet d'une dette personnelle des héritiers, et non d'une dette héréditaire* ». Les juges du fond se basaient donc sur une naissance successive de la créance de prime d'assurance. L'arrêt et censuré, la cour de cassation contredisant explicitement cette thèse d'une naissance successive de la créance de primes d'assurance : « *Mais attendu qu'en signant la police, l'assuré s'était obligé, et avait obligé les ayants cause à titre universel à acquitter le montant de toutes les cotisations jusqu'à la date convenue pour l'expiration du contrat ou jusqu'à sa résiliation ; que l'obligation ainsi engendrée par le contrat conservait son unité, bien que son exécution dût avoir lieu par paiements successifs à termes périodiques ; que, née sur la tête d'Olivier Hocquet Dubron (le défunt), elle s'était transportée dès avant la promulgation de la loi du 13 juillet 1930, en vertu des seuls principes généraux en matière de transmission héréditaire, sur la tête des héritiers purs et simples de l'assuré... Attendu que cette dette rentrait ainsi dans la catégorie des dettes héréditaires, au sujet desquelles l'art. 878 dispose sans distinguer d'ailleurs entre les dettes immédiatement exigibles et les dettes à terme...* ».

² P. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, LGDJ, 1992, n°42 s. et 44 s. Pour le contrat d'assurance, l'auteur remarque que, sorti de la question de savoir si les primes postérieures au décès peuvent faire l'objet de l'inscription du privilège de

l'auteur se fait sentir lorsqu'il concède que l'unanimité de la doctrine se prononce en sens contraire, mais également lorsqu'il aborde la difficulté d'inscrire le privilège pour le prix d'un contrat à durée indéterminée.

Commentant l'arrêt, Vialleton est en sens contraire et considérerait que le privilège ne pouvait être octroyé, car la créance était à naissance successive. Cependant, si l'auteur n'éprouve pas d'inconfort, la cohérence de ses développements ne tient pas, si bien que son discours ne convainc pas¹.

1073. En réalité, il faut décrocher la solution et son fondement, la date de naissance de la créance au regard du privilège de séparation des patrimoines. La solution de la Cour doit être réprouvée, le privilège de séparation des patrimoines ne saurait être octroyé pour le prix de l'exécution postérieure au décès. Mais la solution ne se fonde pas sur la naissance postérieure de la créance de prix. Celle-ci naît bien pour le tout au jour du contrat comme l'avait analysé Durnerin. C'est dans les spécificités de la matière que doit être recherchée la solution. La situation est identique à la jurisprudence rendue dans la 2^{ème} moitié du 19^{ème} siècle. La jurisprudence prononçait l'exigibilité immédiate de tous les loyers postérieurs à l'ouverture de la faillite du preneur au motif que la créance était née pour le tout et devenue exigible pour le tout par l'effet de la faillite. Un revirement s'était opéré avant que la loi n'intervienne, mais il n'était pas fondé sur la naissance successive de la créance comme l'avait proposé certains auteurs, mais sur la particularité de la déchéance du terme en matière de faillite. La naissance unique et pour le tout était préservée au plan théorique, la solution réprouvée par tous n'en était pas moins modifiée.

séparation du patrimoine, « tous les auteurs admettent qu'en la matière, c'est une seule et même obligation de payer les primes qui pèsent sur l'assuré (...) il est acquis que l'assuré supporte une obligation de payer une prime unique, qui sera divisée en plusieurs portions. Le contrat d'assurances fait ainsi naître une obligation successive, celle de payer la prime, le cas échéant en plusieurs portions. Et cette obligation est la cause de l'obligation de garantie qui pèse sur l'assureur ». Philippe DURNERIN en déduit donc parfaitement les conséquences qui s'imposent dans le domaine des successions, à savoir que « cette obligation unique naît lors de la signature du contrat par le de cujus », qu'il « s'agit donc d'une dette de ce dernier, d'un élément du passif successoral », et qu'en conséquence « l'assureur est (...) un créancier successoral pour toutes les portions de la primes : il pourra ce prévaloir de ce bénéfice », du bénéfice de séparation du patrimoine. Et l'auteur effectue un peu plus loin le même raisonnement pour les contrats à exécution successive, s'appuyant sur son propre raisonnement juridique, mais également sur la thèse d'Emmanuel PUTMAN en ce sens, pour en tirer les conséquences pratiques par un exemple, celui d'un bail décennal souscrit par le défunt preneur et poursuivi après son décès. Ainsi, pour l'auteur, dans les contrats à exécution successive, « il existe une obligation unique, née lors de la conclusion du contrat. Cette obligation unique et contemporaine du contrat sera exécutée à plusieurs termes périodiques. Comme il s'agit d'une obligation née du vivant du de cujus dans son patrimoine, elle est transmise à ses successeurs, avec la nature de dette du défunt. Elle conservera cette nature jusqu'à la dernière échéance (...) Prenons le cas d'un bail de 10 ans (que l'on suppose transmissible) conclu par le de cujus peu avant sa mort. L'obligation de payer les loyers, contrepartie de l'obligation qui se développe dans le temps, sera considérée comme une dette du défunt jusqu'au terme du contrat. L'obligation de payer les loyers correspondra à une dette unique, née lors de la conclusion du bail par le de cujus : cette dette sera transmise aux successeurs avec cette dernière nature. Le bailleur pourra donc jusqu'à l'expiration du bail se présenter comme créancier du de cujus et invoquer le bénéfice de la séparation du patrimoine ou de l'article 815-17 du Code civil ».

¹ L'auteur argue de l'impossibilité d'un paiement d'avance, d'une déchéance du terme, de l'art. L. 121-10 du Code des assurances qui libère le vendeur de la chose assurée des primes postérieures à la notification de la cession à l'assureur. Nous avons déjà fait litière des arguments d'un paiement anticipé et de l'impossibilité d'une déchéance du terme en première partie. Il nous apparaît que l'article L. 121-10 du Code des assurances aménage une cession légale du contrat d'assurance à l'assureur de la chose louée, les droits des parties étant préservés par une faculté de résiliation qui leur est offerte. Mais surtout, au final, VIALLETON interprète la jurisprudence commentée par le fait que, si les héritiers sont pour lui tenus à titre principal, le de cujus demeure tenu à titre de garant, d'où la possibilité d'inscrire le privilège de séparation des patrimoines pour cette obligation de garantie à la charge de la succession. Or, l'interprétation proposée nous semble incongrue à double titre. D'abord, pour quelle raison le patrimoine du défunt demeurerait garant de la bonne exécution de l'obligation, si ce n'est, comme en matière de cession de contrat, parce que la créance était née pour le tout avant le transfert, celui-ci n'opérant qu'un changement de plan que l'on retrouve en matière de délégation imparfaite de créance, nature réelle d'une cession de contrat conventionnelle en l'absence de décharge du débiteur de prix ayant cédé le contrat. Ensuite et surtout, comment le mort pourrait-il se porter garant d'une obligation née après son décès, mis à part le cas de résurrection ? N'est-il pas au final plus étrange de dire que le défunt se porte garant de la bonne exécution après sa mort que de dire qu'il était tenu de l'exécution avant celle-ci ?

Il s'agit ici d'un problème d'équilibre dans le mécanisme successoral. D'un côté, le principe de continuité de la personne du défunt impose au cocontractant d'un contrat qui n'est pas intuitu personae de poursuivre la relation contractuelle avec l'héritier acceptant pur et simple ou l'héritier attributaire du contrat à titre principal ou encore attributaire d'un bien auquel serait attaché le contrat tel un contrat d'entretien d'un immeuble alloti. Mais d'un autre côté, le privilège de séparation des patrimoines tend à limiter les effets. Il s'agit de trouver le juste équilibre entre le principe de transmission et son tempérament par une certaine persistance de la substance du gage des créanciers successoraux. Comme l'avait proposé la doctrine en matière de faillite, c'est dans la notion de contrat en cours que le curseur peut résider. Les créances issues de contrats achevés, qui ne correspondent pas à une situation juridique en cours d'évolution, peuvent bénéficier du privilège de séparation du patrimoine. Mais les contrats en cours, constitutifs d'une situation juridique en cours d'évolution, ne doivent pas pouvoir bénéficier de cette protection pour les effets à venir, c'est-à-dire pour l'exécution future du contrat.

1074. Pour cette raison, c'est l'acception économique de la créance qui sert ici d'outil de ventilation, de réparation des créances juridiques dont l'acception économique n'est pas encore totalement née. La portion de créance juridique non encore née au plan économique ne doit pas bénéficier du privilège de séparation des patrimoines. Il y va de la sécurité juridique et de la tranquillité des familles que les effets du décès ne persistent pas trop longtemps et qu'ils persistent dans une juste mesure. Nous pouvons citer ici un exemple d'atténuation du privilège de séparation des patrimoines. Après partage, le créancier ne peut l'invoquer contre l'attributaire d'un bien successoral que dans la portion de la dette revenant à l'héritier. Il y a donc division des dettes dans le cadre du privilège de séparation des patrimoines. Messieurs Cabrillac, Mouly et Pétel, mais également Michel Névot, expliquent cela par le fait que le créancier successoral invoque son privilège en réalité en qualité de créancier personnel de l'héritier¹.

1075. Enfin, il nous apparaît, pour des raisons corrélatives, que l'acception économique de la créance doit aussi permettre de délimiter les créances en tant que bien faisant partie de l'actif successoral objet du privilège de séparation du patrimoine. En effet, la charge du prix de l'exécution postérieure doit rester en corrélation avec le produit d'une exécution postérieure, l'exclusion de l'un par l'acception économique de la créance engendrant l'exclusion de l'autre. Ainsi, lorsqu'un bien successoral fait l'objet d'un contrat de bail en cours, seuls les loyers courus, seule la créance de prix de la jouissance octroyée avant le décès pourra être appréhendée prioritairement par les créanciers successoraux au titre de leur privilège de séparation des patrimoines².

¹ CABRILLAC, MOULY et PETEL, *Droit des sûretés*, Litec 9^e éd. n°890. Voir également pour une mise en perspective du privilège de séparation du patrimoine avec la jurisprudence Frécon : M. NEVOT, *La notion d'opération de partage*, th. 1979, p. 104, n°73. L'auteur souligne bien que si l'isolation du patrimoine issue de la jurisprudence Frécon cesse avec le partage, tel n'est pas le cas du privilège de séparation du patrimoine qui lui survit et que, si après partage le créancier invoquant ce privilège se heurte au principe de division des dettes, il n'en reste pas moins qu'il bénéficie d'une exclusivité identique à la jurisprudence Frécon, qu'il n'est pas en concours avec les créanciers personnels de l'héritier attributaire du bien sur lequel le privilège est inscrit.

² Caen, 26 févr. 1849, *DP* 1851, 2, 236 cité par M. Nevot, op. cit., n°74, p.108. Dans cet arrêt, des créanciers personnels de l'héritier se disputent avec des créanciers successoraux les loyers produits par une ferme incluse dans la succession. La Cour d'appel permet aux héritiers successoraux d'invoquer leur privilège de séparation du patrimoine pour appréhender prioritairement les loyers postérieurs au décès. La solution doit être réfutée, la portion de créance de loyers correspondant à l'occupation postérieure ne doit pas pouvoir bénéficier du privilège de séparation des patrimoines.

1076. L'utilisation de l'acceptation économique de la créance ne sert donc pas uniquement à déterminer le passif indivis pouvant bénéficier d'un accès au gage exclusif des biens de l'indivision. Elle permet d'effectuer un découpage temporel pour les contrats en cours au jour du décès afin de déterminer de quel type de régime bénéficieront les portions de créances juridiques nées avant décès, mais correspondant pour partie au prix d'une exécution antérieure au décès, pour partie au prix d'une exécution postérieure au décès. Identifiant le passif indivis, l'acceptation économique de la créance sert par contraste à limiter les créanciers bénéficiant du privilège de procédure. L'atteinte faite à la créance juridique en tant que bien se justifie par l'équilibre qu'il convient d'obtenir au moment du décès et par la sécurité et la tranquillité des familles à la suite du puissant changement de situation juridique inhérent à la survenance du partage. Ce rôle de limitation se retrouve sous la forme d'une certaine détermination négative de l'accès au gage des biens indivis à la fin de cette dernière, plus précisément au moment du partage.

2/ Limitation par contraste du recours personnel divis

1077. Le partage peut donner lieu à l'allotissement de dettes. Cela est même fréquent¹ et peut avoir lieu à la suite d'une procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net². S'il peut y avoir allotissement de dettes, il peut y avoir allotissement de contrats en cours qui comportent l'allotissement simultané de la créance de prestation future et du prix corrélatif de cette prestation future³.

1078. Mais les dettes de l'indivision, si elles donnent droit à un recours sur les biens indivis en vertu de l'article 815-17 du Code civil, donnent aussi droit à un **recours personnel contre les indivisaires**⁴. En effet, la propriété collective des biens, l'indivision, implique corrélativement la

¹ C. JUBAULT, *Les successions*, Montchrestien, 2^e éd. 2010, n°993 et 1003. L'auteur le souligne à plusieurs reprises, des dettes peuvent être alloties à charge pour l'héritier de procéder à leur paiement, le procédé fréquent. Mais cet allotissement ne retire pas pour autant au créancier les droits qu'ils disposaient contre les autres héritiers.

² « *Le principe est que l'acceptation à concurrence de l'actif net, comme naguère l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, n'entraîne pas de liquidation de la succession* » (MALAURIE et AYNES, *Les successions*, Defrénois, 3^e éd., n°262). L'écoulement des quinze mois peut laisser place à une indivision successorale comportant des dettes déclarées mais non encore éteintes, éventuellement car non exigibles, puisque ni le décès ni la procédure n'entraîne de déchéance du terme des dettes successorales. Pour cette raison, Messieurs MALAURIE et AYNES critiquent vertement la nouvelle étiquette octroyée à cette procédure (op. cit. n°250), car elle sous-entend que seul l'actif net pourrait être transmis à sa suite alors qu'il n'en est rien en réalité, ce malgré la lettre de l'article 798 al. 2 du Code civil qui dispose que les créanciers personnels des héritiers ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances qu'à l'issue des 15 mois « *et après le désintéressement intégral des créanciers successoraux et des légataires* ». En effet, aucun mécanisme technique n'est prévu pour liquider véritablement le passif, notamment aucune déchéance du terme, celui-ci doit simplement être déclaré. De toute évidence, le législateur n'a pensé, ni aux créances non encore exigibles au jour du décès, ni aux contrats en cours au jour du décès impliquant l'existence des dettes de prix de prestations futures.

³ L'article 1742 du Code civil prévoit explicitement le transfert du contrat de louage, tant activement que passivement. Pour un exemple d'application, Civ. 3, 16 févr. 2000, n°97-22156, P. Également, le droit au bail peut faire l'objet d'une attribution préférentielle conformément à l'art. 831-2 du Code civil qui traite de « *l'attribution préférentielle (...) du droit au bail du local... d'habitation... et... du droit au bail du local... professionnel* ».

⁴ Par exemple, en matière de sociétés démunies de la personnalité morale et soumises en conséquence au régime de l'indivision, les créanciers du gérant peuvent agir contre les associés avec lesquels ils l'ont pourtant pas contracté, lorsqu'ils connaissent l'existence de la société, ils démontrent que l'opération faite par le gérant était destinée à ladite société et leur a par conséquent profité (C. BOUTRY, « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *JCP N* 2000, p. 1855, n°17). Autre exemple en indivision postcommunautaire, une épouse a pu être condamnée à payer la moitié du solde du compte courant de son mari au jour du divorce (Civ. 1, 27 juin 1984, n°83-12423, P).

division des dettes. Les indivisaires sont débiteurs conjoints des dettes indivises¹. Cet aspect est généralement éclipsé par une focalisation sur le recours pour le tout sur les biens de l'indivision et par prélèvement avant partage². Malgré tout, le recours personnel demeure la seule voie possible après partage. Ce recours personnel s'impose notamment parce que l'indivision n'est pas dotée de la personnalité juridique³, mais elle se fonde textuellement sur l'article 1220 du Code civil qui dispose de l'exception bien connue de division de la dette entre les héritiers du débiteur défunt, « *qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant (...) le débiteur* », l'indivision successorale servant de base à la construction du régime commun de l'indivision⁴.

Avec le partage, la masse de biens indivis disparaît, les créanciers de l'indivision perdent donc leur recours sur ce patrimoine. Mais il est permis de se demander s'ils conservent néanmoins leur recours personnel divis contre chacun des copartageants. Cela impliquerait que, si la dette allouée à l'un d'eux n'est pas payée, alors les autres copartageants pourront être poursuivis après partage pour leur quote-part. À cet égard, l'allotissement de dette prendrait l'habit d'une délégation de créance par l'effet du partage laissant subsister le lien d'obligation primaire contre chacun des anciens coindivisaires conjointement tenu.

Les textes sont d'après nous en ce sens. L'article 873 du Code civil dispose que « *Les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part successorale, et hypothécairement pour le tout ; sauf leur recours soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y contribuer* ». Et l'article 875 du même Code dispose que « *Le cohéritier qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part de la dette commune, n'a de recours contre les autres cohéritiers, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers* ».

Bien que les textes ne visent pas les dettes et les charges de la succession, nous pensons que la solution peut être étendue aux autres dettes de l'indivision, de la même façon que l'article 815-17

¹ La loi dispose expressément de la division des dettes dans le cadre deux indivisions spécifiques, l'indivision postcommunautaire et la société en participation. En matière d'indivision postcommunautaire, l'article 1483 du Code civil, qui traite de l'obligation et de la contribution au passif après la dissolution, dispose que « chacun des époux ne peut être poursuivi que pour la moitié des dettes qui étaient entrées en communauté du chef de son conjoint ». Durant l'indivision postcommunautaire, nonobstant l'époux ayant contracté la dette, chacun des deux époux peut être poursuivi pour moitié¹. Il y a bien obligation conjointe des deux époux coindivisaires durant cette période. La solution est à cet égard identique d'après nous pour une dette de l'indivision née après la dissolution à l'occasion de l'indivision postcommunautaire. Le régime des sociétés non immatriculées relève essentiellement de l'indivision et l'article 1872-1 du Code civil dispose à cet égard en matière de sociétés en participation que « si les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers, chacun d'eux est tenu à l'égard de ceux-ci des obligations nées des actes accomplis en cette qualité par l'un des autres, avec solidarité, si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas ». Autrement dit, les dettes nées explicitement à l'occasion de la société en participation constituent des dettes conjointes des coindivisaires. Enfin, c'est parce que les indivisaires sont tenus conjointement des dettes de l'indivision que l'article 1873-6 du Code civil dispose que « le gérant (qui) représente les indivisaires (...), soit pour les actes de la vie civile, soit en justice, (...) est tenu d'indiquer, à titre purement énonciatif, le nom de tous les indivisaires ».

² Pour des présentations classiques particulièrement claires, C. LARROUMET, *Les biens*, traité Economica, n°286 et 287 sous l'angle de l'indivision, et J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régimes général*, traité Economica, n°189 sous l'angle des modalités de l'obligation, de l'obligation conjointe.

³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI, *Les biens*, LGDJ, 2^{ème} éd., n°468. Les auteurs n'ignorent pas une tendance à la personnification, mais celle-ci n'est que comptable et ne saurait donner lieu à une véritable personnalité juridique (n°471 et 481) : « *l'indivision ne saurait se confondre avec l'indivisibilité... Chaque indivisaire n'est donc pas tenu de payer sur ses biens personnels la totalité d'une dette de l'indivision* », ce qui implique a contrario un recours personnel divis contre les indivisaires.

⁴ AUBRY et RAU, t. 4, 4^{ème} éd., 1871, n°298, p. 14, spéc. le a) où les auteurs exposent in fine les effets du régime général de l'indivision en 5 points et expliquent pour le premier d'entre eux que « *chaque créancier ne peut réclamer et chaque débiteur n'est tenu de payer que sa part de créance ou de la dette* » et ils se réfèrent directement à l'article 1220 du Code civil.

avait étendu le recours sur la masse indivise à ces « *créances de conservation et de gestion* ». Dès lors, un indivisaire peut se faire attribuer un immeuble et le prêt en cours ou la dette de rente viagère contractée pour l'achat de l'immeuble, ou encore la dette contractée en cours d'indivision pour la réfection de l'immeuble. En cas de défaut de paiement ou de liquidation judiciaire de ce copartageant attributaire de dettes, le créancier pourra poursuivre chacun des anciens indivisaires pour leurs parts et portions dans l'indivision, le poids de l'insolvabilité de l'un se répartissant entre les autres.

1079. Toutefois, ces recours personnels après partage ne sont pas en conformité avec l'esprit du partage qui est de déboucher sur une situation pour ainsi dire définitive et stable. Pour cette raison, au motif de la sécurité du partage et de la tranquillité des familles, il convient de limiter ce recours à sa stricte mesure.

Nous pensons dès lors que ce recours personnel devrait être refusé aux créanciers du prix d'une prestation future au jour du partage. Il apparaît excessif que les coïndivisaires demeurent tenus conjointement d'une dette, certes juridiquement née avant décès, mais économiquement née après partage au profit exclusif d'un indivisaire. Plusieurs raisons peuvent être invoquées en ce sens. Ce créancier ne peut pas ignorer le partage et son nouveau débiteur puisqu'il exécute une prestation au profit de ce dernier après partage et lui adressera la facture correspondante. Ensuite, si ce créancier a de bonnes raisons de penser qu'il ne sera pas payé eu égard à l'insolvabilité probable de son nouveau débiteur, il pourra sans doute invoquer l'article 1188 du Code civil pour exiger un paiement immédiat de sa prestation future, autrement dit un paiement comptant. Enfin, en dernier recours, il lui est toujours possible de refuser d'exécuter le contrat si le paiement comptant ou des sûretés suffisantes ne lui sont pas fournis au plan consensuel.

En compensation, nous pensons qu'il conviendrait de laisser à ce créancier la possibilité d'une opposition au partage. Le droit d'opposition au partage est classiquement refusé aux créanciers de l'indivision pour être réservé aux créanciers des copartageants conformément à l'article 882 du Code civil. Mais cette présentation classique occulte deux aspects. D'une part, elle repose sur le fait que ces créanciers sont suffisamment protégés par leur droit de poursuite sur la masse indivise. Mais c'est oublier que des créances peuvent ne pas être exigibles au jour du partage et que ce dernier n'emporte pas déchéance du terme. D'autre part, elle occulte un point important, le fait que les créanciers de l'indivision sont également créanciers personnels divis des copartageants¹, ces derniers étant débiteurs conjoints des dettes de l'indivision². Dès lors, en cette qualité de débiteurs personnels des

¹ M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^e éd., 2001, n°613.

² Y. LEQUETTE, « Le privilège de séparation des patrimoines à l'épreuve de l'art. 815-17 du Code civil », in *Mél. Alex WEILL*, 1981, p. 371 : critiquant l'art. 815-17 du Code civil ayant introduit dans la notion de créanciers de l'indivision les titulaires de créances nées postérieurement à l'ouverture de la succession de la conservation et de la gestion de l'indivision successorale, l'auteur souhaite « *que les créanciers de l'indivision soient traités comme des créanciers personnels des coïndivisaires, ce qu'ils sont et non pas comme des créanciers successoraux ce qu'ils ne sont pas* ». M. LEQUETTE remarque en conclusion que le privilège de séparation des patrimoines permet de faire le départ entre les deux catégories de créanciers visées à l'art. 815-17 du Code civil, les créanciers successoraux, que nous pourrions appeler « *créanciers dans l'indivision successorale* », dont la créance était née avant décès, et les « *créanciers de l'indivision successorale* » dont la créance est née postérieurement au décès, de la conservation et de la gestion de l'indivision. En effet, le privilège de séparation du patrimoine ne concerne que les premiers, les créanciers du défunt et permet de primer les seconds qui n'étaient pas créanciers du défunt et ne sont que des créanciers personnels divis des coïndivisaires.

copartageants, l'opposition au partage devrait leur être ouverte¹, a fortiori pour les créances de prix des prestations dont l'exécution sera postérieure au partage.

Si nous reprenons l'exemple précédemment développé de l'allotissement d'un immeuble avec la dette des travaux de ravalement commandés et commencés d'exécuter en cours d'indivision, le créancier pourra bénéficier d'un recours personnel contre les anciens copartageants pour la portion de créance correspondant au prix de l'exécution des travaux durant le temps de l'indivision, avant partage, mais il ne pourra pas exercer de recours personnels contre les anciens coïndivisaires en cas de défaut de paiement par le copartageant alloti du prix de l'exécution des travaux accomplie après le partage, du temps où le copartageant était devenu propriétaire divis de l'immeuble.

Conclusion de section :

1080. L'acception économique de la créance sert à déterminer les gages que constituent la communauté légale et les indivisions. Les dettes juridiquement nées durant la communauté légale ou durant l'indivision et à l'occasion de celle-ci constitueront son passif. Mais des portions de dettes juridiques antérieures pourront également accéder à ce gage. Ces créances juridiques antérieures à la constitution du gage correspondent aux contrats en cours au jour de sa création, aux dettes de prix d'une exécution totalement ou partiellement postérieure. Par application du principe de corrélation des produits et des charges, le profit généré en cours de communauté légale ou d'indivision au bénéfice de ces dernières doit reposer sur elles. La créance juridique de prix d'une prestation partiellement postérieure à la création du patrimoine d'affectation se trouve donc ventilée en deux régimes, propre pour le prix de l'exécution antérieure, commune pour le prix de l'exécution postérieure.

Corrélativement, l'acception économique de la créance pourra aussi servir à déterminer l'actif composant la substance du gage que représente le patrimoine d'affectation. En effet, toujours par application du principe de corrélation des produits et des charges, les prestations effectuées totalement ou partiellement au moyen des forces de la communauté ou de l'indivision doivent lui revenir et faire partie consécutivement du gage des créanciers communs ou de l'indivision. Ce quand bien même la créance juridique correspondante serait née avant la création du patrimoine d'affectation, avant mariage ou avant constitution de l'indivision. Cela peut sembler évident pour les fruits civils, car le mécanisme fait partie alors des raisonnements, mais cela n'est plus aussi évident pour les revenus du travail ou de l'exploitation d'un fonds de commerce placé en indivision, car alors les profits qu'ils génèrent ne constituent plus des fruits civils. Malgré tout, il convient d'appliquer l'acception économique de la créance dont ces derniers ne sont qu'une application.

Mais l'acception économique de la créance peut aussi servir à exclure une portion de créance juridique d'une partie du régime qui lui était privilégié, afin de stabiliser un changement de situation

¹ Alain-Charles VAN GYSEL, Présie du droit des successions et des libéralités, Bruyant 2008 p. 727, le mécanisme étant identique en droit belge et l'auteur étant particulièrement éclairant sur certains aspects. C'est la solution retenue en droit belge comme l'explique clairement cet auteur, les créanciers qui disposaient d'une créance à l'égard du défunt sont par là même des créanciers des copartageants et peuvent à ce titre intervenir au partage.

juridique prépondérant, dans le cas du décès d'une personne ou du partage mettant fin à une indivision.

Pour stabiliser les effets du décès d'une personne et préserver la paix des familles, l'acception économique de la créance doit être utilisée afin de limiter le privilège de séparation des patrimoines aux seules créances nées juridiquement et économiquement avant décès. Les créances n'ayant pas été consolidées économiquement avant décès, les dettes de prix d'une prestation exécutées postérieurement au décès devant être exclues de ce privilège.

Et pour la sécurité du partage et la tranquillité des copartageants, l'acception économique de la créance devrait également servir à cristalliser sur le plan des liens personnels les effets du partage quant à l'allotissement d'éventuelles dettes, plus spécifiquement de contrats en cours. Si le remboursement des dettes alloties continue d'être garanti après partage par les recours personnels contre les anciens indivisaires, ce recours devrait être exclu pour les dettes qui n'étaient pas consolidées économiquement avant partage, pour les dettes de prix d'une exécution postérieure au partage.

Dans ces deux derniers schémas, l'acception économique de la créance permet d'atteindre un équilibre satisfaisant entre la protection des créances juridiques en tant que biens et la sécurité des opérations juridiques et des changements prépondérants de situations juridiques.

Section 2 : La créance économique déterminant le gage des patrimoines d'affectation contemporains

1081. Les patrimoines d'affectation contemporains sont au nombre de deux, la **fiducie** de droit commun instaurée en 2007 et l'**EIRL** instaurée en 2010. Mais nous pouvons y ajouter la déclaration d'insaisissabilité. Celle-ci constitue en effet un patrimoine d'affectation par accident, mais surtout, elle représente une très bonne illustration des dérives insoupçonnées auxquelles peut conduire une mise à l'écart irréfléchie et précipitée des principes inhérents à la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau.

Ces figures contemporaines du patrimoine d'affectation sont plus poussées que les classiques. Elles correspondent à l'idée générale du patrimoine d'affectation en ce sens qu'elles se sont construites, non pas en symbiose avec la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, mais en opposition avec celle-ci. Dans la communauté légale ainsi que dans l'indivision, les gages que représentent ces patrimoines d'affectation s'ajoutent à la théorie d'Aubry et Rau, car les créanciers de l'indivision sont simultanément créanciers de l'un des époux et de tous les indivisaires débiteurs personnels conjoints. Cela tend à ne plus être le cas avec les patrimoines d'affectation contemporains, spécialement en EIRL où l'article L. 526-6 du Code de commerce précise bien qu'« *un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté* ». Dans l'EIRL, une portion du patrimoine de l'entrepreneur se trouve cloisonnée, isolée du reste, et dédiée à l'activité professionnelle de celui-ci. Avec la fiducie, le constituant reste en principe garant subsidiaire des dettes du patrimoine fiduciaire conformément à l'article 2025 du Code civil, mais la convention de fiducie peut en décider autrement.

Dans tous les cas, il est fait lourdement exception dans ces figures contemporaines à la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée ou le fiduciaire se retrouvent à la tête de plusieurs patrimoines, de plusieurs universalités de droit. Cette aventure contemporaine d'une remise en cause des axiomes de la théorie d'Aubry et Rau a conduit également pour la déclaration d'insaisissabilité, mais par accident, à créer une forme d'universalité de droit isolée comportant les immeubles déclarés insaisissables d'un côté et les dettes auxquelles la déclaration se trouve inopposables de l'autre. Fort heureusement la fiducie et l'EIRL furent mieux pensées.

Nous aborderons d'emblée le cas atypique de la déclaration d'insaisissabilité pour nous concentrer ensuite sur les véritables patrimoines d'affectation contemporains qui méritent davantage d'attention. Dans tous les cas, l'acception économique de la créance permet de déterminer la mesure de l'accès au patrimoine d'affectation ainsi créé, qu'il s'agisse du patrimoine autonome créé par accident de la déclaration d'insaisissabilité (§1), du patrimoine fiduciaire (§2) ou de patrimoine affecté de l'EIRL (§3).

§ 1 : La déclaration d'insaisissabilité

1082. Instaurée par la loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003, la loi Dutreil, la déclaration d'insaisissabilité est rangée dans le Code de commerce aux côtés de l'EIRL comme mesure de protection de l'entrepreneur individuel et de son conjoint. Elle permettait initialement à l'entrepreneur de placer sa résidence principale hors d'atteinte de ses créanciers professionnels en la rendant insaisissable par déclaration publiée auprès du registre approprié. Le mécanisme fut ensuite étendu par une loi du 4 août 2008 à tous les immeubles dès lors qu'ils ne sont pas affectés à l'activité professionnelle. Sur le plan personnel, le dispositif ne bénéficie qu'aux entrepreneurs¹ et ne saurait être étendu aux dirigeants de personnes morales cautions solidaires des dettes de la société².

1083. La déclaration d'insaisissabilité n'a *a priori* aucun point commun avec un patrimoine d'affectation. Elle serait même sous une certaine vision l'antithèse d'un patrimoine d'affectation puisque les biens déclarés insaisissables ne sont pas affectés à une finalité particulière, mais désaffectée de toute finalité, ils sont simplement retirés du gage des créanciers professionnels. L'institution présente cependant un certain nombre de points communs avec les patrimoines d'affectation au sens moderne du terme qui justifie son étude à leur occasion de façon liminaire.

Elle fait exception à la théorie d'Aubry et Rau dans la mesure où elle permet à un créancier de retirer unilatéralement du gage de ses créanciers commun certains de ses biens. Ce ne serait certes pas la première fois, mais il convient de remarquer que les biens ainsi retirés ne sont pas de faible valeur et qu'ils constitueront le plus souvent l'essentiel de l'actif patrimonial de l'entrepreneur, puisqu'il peut s'agir de tout immeuble dont ce dernier a la propriété.

¹ Commerçants, artisans, agents commerciaux, professions libérales, agriculteurs.

² Rép. min. n°19589, JO Sénat Q du 27 oct. 2005.

Mais surtout, elle crée une césure dans les créanciers de l'entrepreneur qui se voient divisés en deux catégories, les créanciers personnels et les créanciers professionnels. Pour cela, la fiducie se rapproche fortement du patrimoine d'affectation au sens moderne, au sens de la fiducie, où coexistent un ou plusieurs patrimoines professionnels et un patrimoine général ayant vocation à recueillir le reste. En effet, la déclaration d'insaisissabilité n'est opposable qu'aux créanciers professionnels, si bien que les créanciers personnels gardent les immeubles déclarés insaisissables comme gage de leurs créances avec en prime l'exclusion du concours éventuel des créanciers professionnels postérieurs.

Enfin, l'institution constitue un bon exemple des conséquences fâcheuses et insoupçonnées que peut engendrer une entorse irréfléchie et précipitée à la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau¹. Elle peut alors d'après nous prendre la forme d'une mise en garde sur des dérives potentielles encore insoupçonnées que ne manqueront pas d'apporter la fiducie et l'EIRL dont les études sous l'angle de l'acception économique de la créance suivront.

La déclaration d'insaisissabilité n'est opposable qu'aux seuls créanciers professionnels postérieurs. Cette postériorité exigée implique l'usage du critère de date de naissance de la créance et fait se demander de quelle acception de la créance il s'agit ici. En la matière, la solution qui devrait s'imposer théoriquement ne sera sans doute pas celle qui sera adoptée en pratique, mais l'institution n'est pas à une incohérence près (A) et devrait normalement disparaître comme le préconise la doctrine (B).

A. L'impasse dans la détermination des créances professionnelles postérieures

1084. L'article L. 5261-1 dispose que la déclaration « *n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à la publication à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant* »². La déclaration d'insaisissabilité n'est donc opposable qu'aux créanciers professionnels postérieurs, elle n'est pas opposable aux créanciers professionnels antérieurs ni aux créanciers personnels.

Outre que des litiges naîtront sur le rattachement ou non d'une dette à l'activité professionnelle du déclarant, Catherine Malecki remarque le contentieux potentiel quant à la date de naissance de la créance³. Pour éviter ce problème, l'auteur conseille d'effectuer la déclaration d'insaisissabilité au

¹ L'article L. 526-1 du Code de commerce annonce d'emblée la dérogation que ces dispositions entendent opérer au droit de gage général des créanciers et par conséquent à la théorie du patrimoine, « *par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil* ». L'atteinte à la théorie du patrimoine D'AUBRY et RAU se fait sous deux aspects. D'abord, un ou plusieurs biens peuvent être exclus par décision unilatérale du débiteur du gage général de ses créanciers, initialement sa résidence principale, aujourd'hui tout immeuble. Ensuite, la notion d'affectation entre en ligne de compte pour déterminer qui peut saisir quoi. Seuls les créanciers professionnels du déclarant, ceux dont la créance est née « à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant », sont atteints par la mesure. Tous les créanciers ne sont donc plus placés sous un plan d'égalité, puisque certains peuvent saisir le bien, d'autres non, selon l'origine de leur créance, selon l'activité à l'occasion de laquelle le débiteur a fait naître sa dette. D'emblée, un contentieux de détermination du caractère professionnel ou personnel d'une dette est prévisible. Catherine MALECKI soulève la problématique et se demande si un rapport direct avec l'activité sera exigé, ce qui ajouterait peut-être au texte (« La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », D. 2003, 2220).

² Il en va de même pour l'article L. 523-3 du Code de commerce qui dispose du cas de cession des biens déclarés insaisissables avec déclaration de remploi des fonds.

³ Article préc.

moment de la création de l'activité professionnelle, mais concède que cela ne sera pas possible pour les entrepreneurs exerçant déjà leur activité au moment de la déclaration.

Qu'en sera-t-il, par exemple pour le loyer du bail commercial ? La créance était-elle née au jour du contrat antérieur à la déclaration d'insaisissabilité pour tous les loyers postérieurs ou bien naît-elle au fur et à mesure de l'occupation des locaux, étant entendu que nous ne reviendrons pas ici sur la thèse d'une naissance périodique à chaque terme de loyer que nous avons définitivement écartée et nous nous focalisons évidemment sur l'hésitation en matière de dates de naissance qui correspondent aux deux acceptions de la créance, la juridique classique et l'économique que nous entendons faire émerger ici. De même, qu'en sera-t-il pour le crédit-bail du matériel professionnel ? Faut-il adopter l'acception juridique de la créance auquel cas la créance de toutes les redevances était née au jour du contrat de crédit-bail antérieur à la déclaration d'insaisissabilité ou faut-il adopter l'acception économique de la créance auquel cas la créance de redevance naît au fur et à mesure de la jouissance du matériel. Dans le premier cas, la déclaration sera inopposable au crédit-bailleur qui pourra alors saisir l'immeuble tant pour les loyers antérieurs que pour les loyers postérieurs. Dans le second cas, elle ne lui sera opposable que pour les loyers correspondant à l'occupation antérieure et le sera pour les loyers correspondant à l'occupation postérieure pour le paiement desquels la saisie de l'immeuble déclaré insaisissable sera alors impossible.

Si l'application de l'acception économique de la créance semble prévisible en raison de la confrontation naturelle de la déclaration d'insaisissabilité avec une procédure collective (1), le raisonnement théorique devrait pourtant conduire à l'application de la créance juridique, car le droit d'opposition vise à protéger la créance en tant que bien qui n'est autre que le droit subjectif personne, la créance au sens strict (2).

1/ Application pratique prévisible de l'acception économique de la créance

1085. L'application de la créance économique se fera sans doute par réflexe pour la raison que la déclaration d'insaisissabilité sera souvent confrontée au droit des entreprises en difficulté, siège par nature et par définition de la créance économique. Il viendrait dès lors difficilement à l'esprit des magistrats d'appliquer l'acception économique de la créance pour le privilège de procédure et l'acception juridique pour la déclaration d'insaisissabilité. Cela entacherait la solidité du jugement s'il portait en son sein deux dates de naissance pour une même créance, qu'une même créance y soit à la fois postérieure et antérieure, postérieure à l'ouverture de la procédure collective, mais antérieure à la déclaration d'insaisissabilité, recevant ainsi deux dates de naissance différentes dans le même contexte. Ce n'est pourtant pas à cette solution que conduit la réflexion théorique sur le sujet.

2/ Application théorique de la créance juridique seule protégée

1086. Altérer le gage commun de la créance revient à porter atteinte à sa substance même. En effet, si la créance et la dette sont les deux faces d'une même pièce, l'obligation, c'est que la substance active de la créance, son objet, trouve sa corrélation passive dans le gage général octroyé à la garantie de son exécution. Cette corrélation de la créance avec le gage général de son débiteur constitue l'une des pièces maîtresses de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau.

C'est ce qu'accomplit la déclaration d'insaisissabilité, en mettant hors de portée des créanciers professionnels les valeurs bien souvent les plus importantes du patrimoine de leur débiteur, les immeubles. L'article L. 526-1 du Code de commerce est d'ailleurs très clair en disposant que l'institution est créée « *par dérogation aux articles 2284 et 2285 du Code civil* », siège légal du droit de gage commun des créanciers.

1087. Or, altérer la substance de la créance, c'est porter atteinte à la propriété de la créance en tant que bien. C'est pour cette raison que l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité se trouve limitée aux créances professionnelles postérieures uniquement, à celles nées après la publicité de la déclaration, car ces créances ne sont pas encore nées au jour de la déclaration, dès lors celle-ci ne porte pas atteinte à leur gage général, à leur substance qui n'existe pas encore¹. Au contraire, les créances antérieures à la publicité existent déjà, leur gage général est déjà constitué, défini, et rattaché à l'intégralité du patrimoine du débiteur, y compris les immeubles concernés par la déclaration. Dès lors, déclarer ces immeubles insaisissables, c'est les porter hors d'atteinte de ces créanciers et les retirer de leur gage pourtant déjà constitué. C'est porter atteinte à ce gage déjà existant et par conséquent à la substance de la créance qu'il incarne. C'est au final porter atteinte à la propriété des créances concernées, car celles-ci sont d'ores et déjà nées au jour de la déclaration. Pour cette raison, les textes prévoient que la déclaration leur est inopposable.

Et la protection de la créance en tant que bien se justifie ici d'autant plus que la loi permet au débiteur, unilatéralement, de diminuer le gage de certains de ses créanciers, de diminuer la portée de son propre engagement. C'est le débiteur qui déclare seul et en l'absence de tout contrôle ses immeubles insaisissables à l'égard de ses créanciers professionnels. Au surplus, il semble que la déclaration d'insaisissabilité ne puisse être atteinte de nullité lorsqu'elle est effectuée en période suspecte, contrairement à la constitution d'une fiducie au cours de cette période. Il est même possible de se demander si une telle déclaration pourrait être atteinte par le biais de l'action paulienne, car la fraude aux droits des créanciers est déjà génétiquement présente au sein de l'institution, si bien que la déclaration nous semble être parfaitement discrétionnaire et purgée par nature de toute remise en cause par le vice de fraude.

¹ Martine BEHAR-TOUCHAIS propose d'utiliser ici le critère de date du contrat à la place du critère de date de naissance de la créance, en raison de l'existence de la mesure de publicité qui implique une prise de connaissance de la part des créanciers du gage laissé à leur disposition au jour où ils contractent. Toutefois, outre la réalité discutable d'une prise de connaissance d'éventuelles déclarations d'insaisissabilité des immeubles concernés dans le cadre du droit de gage général et non pas d'une sûreté réelle prise sur lesdits immeubles, le raisonnement ne concerne que les créances contractuelles, il ne saurait s'appliquer ni aux créances légales, ni aux créances quasi contractuelles, ni aux créances de responsabilité civiles, à savoir à aucune des créances pour lesquelles le créancier n'a pas consenti à le devenir (« La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41).

1088. C'est parce que cette mesure d'opposabilité aux créanciers (professionnels) postérieurs uniquement vise à protéger la propriété des créances, les créances en tant que bien qu'elle fait nécessairement application de la créance juridique et non pas économique. En effet, la créance appréhendée en tant que bien correspond à l'acception stricte de la créance, à l'acception juridique. Nous l'avons vu en première partie à l'occasion du rejet de la thèse matérialiste de la date de naissance de la créance au sens strict. C'est elle et non pas la créance économique qui peut faire l'objet d'une saisie ou d'une cession efficace, en tant que bien, en tant que valeur dans le patrimoine de son titulaire. Preuve en est que la cession ou la saisie s'opère immédiatement pour le prix de toute l'exécution postérieure d'ores et déjà prévue, pour l'intégralité des loyers postérieurs dans le cas d'un bail par exemple.

1089. Une dualité des dates de naissance des créances s'expliquerait ici par une dualité des acceptions de la créance utilisée, créance juridique à l'égard de la déclaration d'insaisissabilité, acception économique de la créance à l'égard du privilège de procédure de l'ancien art. 40.

Si nous reprenons l'exemple des loyers, ceux qui correspondant à l'occupation postérieure à l'ouverture de la procédure collective seraient alors doublement privilégiés. En tant que créance économique postérieure pour le privilège de procédure, ils peuvent bénéficier d'un paiement comptant sans suspension des poursuites sur tous les biens du débiteur en procédure collective. Et en tant que créance juridique antérieure à la déclaration d'insaisissabilité du fait de la signature antérieure du contrat de bail, le bailleur peut poursuivre son paiement sur le ou les immeubles déclarés insaisissables, du fait de la conjonction de l'inopposabilité de la déclaration d'insaisissabilité et du placement hors procédure des immeubles déclarés insaisissables.

Possible en théorie, l'application en reste très inconfortable. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire cependant d'y remédier, car la déclaration d'insaisissabilité comporte déjà son lot d'incohérence, au point qu'elle aboutit à un résultat opposé à l'objectif que sa création poursuivait. C'est donc davantage par la disparition de l'institution que la problématique de l'acception de la créance sera amenée à se résoudre. D'ici, là, l'acception économique de la créance sans doute appliquée en lieu et place de l'acception juridique que commanderait la solution théorique ne nous semble pas plus choquante que les autres aberrations auxquelles conduit cette institution mal pensée.

B. L'issue par la disparition d'une institution dangereuse et inutile

1090. En la matière, le rôle de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau n'a pas été prévu par le législateur. Les conséquences sont à la fois néfastes et grotesques puisque le droit des entreprises en difficulté se retrouve pour ainsi dire lettre morte, les créanciers antérieurs ayant au final un sort préférable aux créanciers postérieurs. Si bien que la doctrine a pu parler de privilège des créanciers antérieurs¹, encore que l'expression soit faible dans la mesure où ces créanciers se retrouvent mieux

¹ C. LISANTI, « Retour sur l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité au liquidateur judiciaire : de la protection du patrimoine du débiteur au « privilège » des créanciers antérieurs à la déclaration », *Rev. proc. coll.* n°3, mai 2012, comm. 11.

traités que les salariés eux-mêmes, puisqu'ils se retrouvent dans la situation des créanciers d'aliments placés hors procédure collective. À cela s'ajoute que l'anarchie des paiements resurgit pour tous les créanciers antérieurs et personnels en ce qui concerne les immeubles déclarés insaisissables, pour ces derniers le paiement redevient le prix de la course.

En effet, les créanciers antérieurs à la déclaration peuvent saisir l'immeuble déclaré insaisissable, tandis que les créanciers postérieurs ne peuvent l'atteindre. Mais le liquidateur, qui représente l'intégralité des créanciers, représente nécessairement des créanciers antérieurs et postérieurs à la déclaration d'insaisissabilité. À cela s'ajoute qu'en vertu du caractère global de la procédure, le liquidateur représente aussi les créanciers personnels en principe soumis à la discipline de la procédure collective, mais qui peuvent eux aussi saisir les immeubles insaisissables nonobstant la date de naissance de leur créance, puisque celle-ci n'est pas née à l'occasion de l'activité professionnelle. Représentant substantiellement des créanciers pouvant saisir les immeubles, la question s'est immédiatement posée de savoir si le liquidateur de la procédure pouvait lui aussi saisir ces immeubles insaisissables, quitte à n'en distribuer le prix qu'aux seuls créanciers antérieurs à la déclaration ou non professionnels.

Répondre par l'affirmative aurait abouti à permettre systématiquement la saisie et la vente des immeubles pourtant déclarés insaisissables. Cela aurait eu pour conséquence l'inefficacité totale de l'institution. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence n'a en réalité eu d'autre choix que de répondre par la négative.

1091. Un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 15 mai 2008, confirmé postérieurement par la Cour de cassation¹, est particulièrement éclairant en la matière. Soulignons qu'en l'espèce, 87% des créances déclarées à la procédure collective, pour un montant de 130.780 €, représentaient des créances également antérieures à la déclaration d'inopposabilité², des créances à l'égard desquelles ladite déclaration était inopposable. C'est cet élément factuel qui avait permis au liquidateur d'obtenir du 1^{er} juge l'autorisation de saisir l'immeuble pourtant déclaré insaisissable. La cour d'appel réforme le 1^{er} jugement et apporte de limpides précisions sur le régime d'une déclaration d'inopposabilité confrontée à l'ouverture d'une procédure collective.

Quant à la saisissabilité de l'immeuble par le liquidateur, la Cour explique que, « *sauf à priver cette disposition de toute portée, une déclaration d'insaisissabilité régulièrement publiée ne permet pas aux organes de la procédure collective d'incorporer l'immeuble concerné dans le périmètre de la saisie des biens appartenant au débiteur* ». L'arrêt de rejet du 13 mars 2012³ est par la suite venu expliquer que, le liquidateur représentant la totalité des créanciers, il ne peut agir dans l'intérêt exclusif de certains d'entre eux exclusivement, notamment des créanciers antérieurs ou non professionnels auxquels la déclaration d'insaisissabilité est inopposable, pour saisir l'immeuble déclaré insaisissable, même à ne distribuer le prix de vente qu'à ces derniers.

¹ Com. 13 mars 2012, n°11-15438, inédit, rejet du pourvoi.

² C. LEBEL, « Les effets de la déclaration d'insaisissabilité », *JCP E* 9 déc. 2010, n°2076, l'auteur souligne cette donnée factuelle car cela revient à mettre 87% des créanciers hors procédure collective quant aux immeubles pourtant déclarés insaisissables.

³ Com. 13 mars 2012, n°11-15438, inédit, préc. Voir également com. 28 juin 2011, n°10-15482, P, le liquidateur ne peut vendre l'immeuble, en l'espèce commun, ayant fait l'objet d'une déclaration d'insaisissabilité opposable avant l'ouverture de la procédure collective, nonobstant la règle du dessaisissement et la présence de créanciers antérieurs et non professionnels dans la procédure auxquels la déclaration était inopposable (tels étaient les arguments de la cour d'appel).

Ensuite, quant aux conséquences sur ledit immeuble à l'égard des créanciers antérieurs ou non professionnels, la Cour expose inéluctablement, d'une part que « *les créanciers antérieurs ou extra professionnels ont seuls qualité pour appréhender et réaliser ce bien* », d'autre part que « *la règle de la suspension des poursuites individuelles (...) ne peut leur être opposée dès lors que le bien déclaré insaisissable n'entre pas dans le gage commun de l'ensemble des créanciers de la procédure collective* ».

1092. Certes, théoriquement, si tous les créanciers de la procédure étaient antérieurs à la déclaration d'insaisissabilité étaient tous en position de saisir l'immeuble, alors le liquidateur pourrait s'en saisir¹. Cela semble logique et fait penser aux créanciers personnels des indivisaires qui peuvent saisir les biens indivis lorsqu'ils sont simultanément créanciers de tous les coïndivisaires. Mais il s'agit là d'une hypothèse d'école qui ne se présentera sans doute jamais. Au demeurant, elle porte en elle le doute concernant la déclaration d'insaisissabilité d'une déclaration effectuée en période suspecte² dont nul ne connaît le sort pour le moment, car, dans une telle hypothèse, la déclaration serait pour ainsi dire faite la veille du dépôt de bilan.

Nonobstant l'ouverture de la procédure collective, les créanciers professionnels antérieurs et les créanciers personnels pourront donc poursuivre et saisir les immeubles déclarés insaisissables. C'est là un **résultat contraire à l'objectif de la loi** dont l'application stricte conduit à affranchir les biens de la protection inhérente à l'effet réel de la procédure collective qui rend pour un temps les biens du débiteur indisponibles et inatteignables par les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective. Voulant éviter la saisie des immeubles le législateur l'a dépouillé de la protection du droit des procédures collectives pour le laisser en pâture aux créanciers personnels ainsi qu'aux créanciers professionnels antérieurs, puisque ces immeubles constituent alors pour eux un gage exclusif par l'effet mécanique de la déclaration d'insaisissabilité. Et les auteurs ajoutent que cette faille risque de faire l'objet d'une instrumentalisation au profit d'importants créanciers qui finalement pourraient demander à leur débiteur d'effectuer une déclaration d'insaisissabilité de ses immeubles en guise de garantie³. Cela leur permettant de pratiquer la saisie de ces immeubles en cas d'ouverture d'une procédure collective.

Au final le remède s'avère bien pire que le mal et dans tous les cas l'objectif de la loi n'est pas atteint. Le droit des procédures collectives se trouvant éludé, notre droit moderne régresse ici antérieurement au droit romain qui connaissait déjà une forme de procédure collective⁴. Peut-être qu'une adaptation du régime de l'institution serait envisageable⁵. Mais c'est surtout la disparition de

¹ P.-M. LE CORRE, « Recevabilité des demandes du liquidateur en matière de déclaration notariée d'insaisissabilité – Le sublime tango de la Cour de cassation : mise au point et nouveaux doutes », *JCP E* n°21 du 24 mai 2012, 1325, obs. sous. com. 13 mars 2012, l'auteur propose à cette occasion de distinguer le gage général du gage commun des créanciers.

² Cecile LISANTI, art. préc.

³ B. SAINTOURENS, « Déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *RTD com.* 2003, 690. Voir également P. CROCQ, *Droit et patrimoine* nov. 2011, p. 74.

⁴ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec 2011, 7^e éd., n°2.

⁵ Diverses modifications seraient nécessaires pour une éventuelle adaptation du régime de l'institution. Celle-ci devrait à nouveau être cantonnée à la résidence principale⁵. Toute renonciation ciblée au profit d'un créancier quelconque devrait être écartée. L'institution retrouverait ainsi sa dimension sociale. Cette restriction devrait permettre de la rendre opposable à tout créancier professionnel, même antérieure, mais sous la condition aménagée pour l'EIRL d'une notification individuelle aux créanciers

l'institution que préconisent les auteurs qui se sont penchés sur la question comme le Professeur Roussel Galle¹.

Fort heureusement, la fiducie et l'EIRL, les véritables patrimoines d'affectation récemment consacrés par le législateur, furent visiblement mieux pensés que la déclaration d'insaisissabilité. Il n'en reste pas moins qu'il ne s'est pas suffisamment écoulé suffisamment de temps pour pouvoir affirmer avec certitude que toute mauvaise surprise a pu être écartée. Quoi qu'il en soit, ces patrimoines d'affectation nécessitent partiellement l'usage de l'acception économique de la créance pour déterminer les créanciers pouvant recourir sur le gage exclusif qu'ils représentent ainsi que la mesure dans laquelle leur recours peut s'exercer.

§ 2 : La fiducie

1093. Une « *fiducie à la française* » fut instaurée par la loi n°2007-211 du 19 févr. 2007. L'article 2011 du Code civil la définit comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Les biens ayant pour origine le Patrimoine du constituant, en sont détachés par un transfert de propriété dans le Patrimoine du fiduciaire. Certes, ce transfert de propriété se veut atypique puisqu'il n'est que temporaire et que les pouvoirs du fiduciaire nouveau propriétaire peuvent être limités, ce qui est en principe contradictoire avec le droit de propriété au sens strict². Mais ce patrimoine d'affectation n'est grâce à cela pas détaché totalement d'une personne puisqu'il acquiert son autonomie par son rattachement à la personne d'un tiers, le fiduciaire³. Le patrimoine d'affectation ainsi constitué, prénommé

antérieurs et d'un droit d'opposition accordé à ces derniers. Enfin, l'immeuble ne doit pas être placé hors procédure collective, mais le droit des entreprises en difficulté doit comporter des dispositions spécifiques le concernant, des dispositions visant à ne procéder à sa saisie et à sa vente qu'en tout dernier recours et pour le paiement des seuls créanciers personnels ou des créanciers professionnels auquel la déclaration serait opposable. Mais ainsi revue, l'institution sonnerait le glas du crédit de l'entrepreneur puisqu'il ne pourrait plus y renoncer pour certains créanciers. Nous en reviendrions alors à préconiser à nouveau sa disparition.

¹ P. ROUSSEL GALLE, « Déclaration d'insaisissabilité : ça ne peut plus durer ainsi ! », *Revue des procédures collectives* n° 4, Juillet 2012, repère 4.

² M. GRIMALDI, « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant*, Dalloz 2011, p. 5, spéc. p. 7. La propriété fiduciaire est une propriété temporaire par nature, c'est cette essence qui la distingue surtout de la propriété au sens classique. Il y a également divergence dans les pouvoirs exercés car la propriété du fiduciaire peut être aménagée dans les pouvoirs exerçables et les pouvoirs exclus sont perdus car le constituant ne les retrouve pas pour autant durant la fiducie. L'auteur observe in limine qu'il était concevable de parler de la propriété juridique du fiduciaire et de la propriété économique du bénéficiaire, éventuellement le constituant, la première conférant le pouvoir, la seconde la richesse, mais que les esprits n'étaient pas encore mûrs pour un tel éclatement de la propriété. Pour une vision inverse, P. CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant*, Dalloz 2011, p. 9, spéc. p. 13. L'auteur tente de réunifier la propriété. Le caractère temporaire viendrait de son acception. Identifiée au rapport d'appartenance, à la notion de patrimoine, le transfert d'un bien éteint une propriété pour en créer une autre. L'auteur adopte une autre acception rendant compatible le maintien du concept de propriété avec son transfert. La propriété serait pour lui un ensemble de prérogatives susceptibles d'être exercées sur un bien. Lors du transfert du bien, ces prérogatives sont transférées, la fiducie n'emporte plus alors sous cet angle nouveau une propriété temporaire.

³ Le patrimoine fiduciaire n'est pas doté de la personnalité juridique (*La fiducie*, Francis Lefebvre, dossier pratique, 2009, n°145), il est incorporé mais isolé dans le patrimoine du fiduciaire.

« *patrimoine fiduciaire* »¹, se trouve isolé des Patrimoines, tant du constituant que du fiduciaire. Ni les créanciers du constituant, ni les créanciers du fiduciaire ne peuvent atteindre les biens transférés en fiducie. L'ouverture d'une procédure collective, que ce soit chez le constituant ou chez le fiduciaire, n'atteint pas ce patrimoine d'affectation et n'empêche pas la survenance du dénouement du contrat de fiducie en cours de procédure².

Dans le cadre de ce patrimoine d'affectation et de façon similaire aux patrimoines d'affectation classiques précédemment étudiés, en particulier l'indivision, l'acception économique de la créance sert à déterminer les créanciers qui peuvent atteindre le gage des biens affectés au patrimoine fiduciaire (A). Mais elle doit aussi être envisagée en fin de fiducie afin d'entériner sur le plan des obligations le changement de situation juridique qu'implique la disparition du patrimoine fiduciaire (B).

A. La créance économique déterminant l'atteinte du patrimoine fiduciaire

1094. La nature de « patrimoine d'affectation » est consacrée explicitement par l'article 12 de la loi instaurant l'institution. Elle implique, comme pour toute universalité de droit³, l'existence d'un actif et d'un passif corrélatif. C'est dans la détermination du passif fiduciaire que la créance économique doit être utilisée. Elle se retrouve à nouveau ici derrière l'expression légale des « dettes de conservation et de gestion » (1). Et si l'acception économique de la créance présente un intérêt limité pour les créances juridiques nées en cours d'existence du patrimoine fiduciaire, elle trouvera toute son utilité pour les créances juridiques nées avant la constitution du patrimoine fiduciaire, mais dont l'exécution de la contreprestation, la naissance économique survient en partie après la constitution de ce dernier et à son occasion (2).

1/ La créance économique derrière les créances "de conservation et de gestion"

1095. Les « dettes de conservation et de gestion » constituent explicitement d'après les textes le passif exclusif de toutes les formes de fiducies présentes en droit français, qu'il s'agisse de la fiducie

¹ L'expression est utilisée par les art. 2012, 2018-1, 2021, 2023, 2025 et 2030 du Code civil. Soulignons qu'elle est utilisée trois fois par le seul article 2025 pour chacun de ses trois alinéas, ce qui paraît normal dans la mesure où l'article définit le droit de gage consubstantiel de ce patrimoine légalement inventé.

² Tout au plus ce dénouement peut-il être retardé dans l'hypothèse de contrats de mise à disposition des biens du patrimoine fiduciaire au constituant en procédure collective. Mais le plan de cession ne peut emporter le transfert de ces contrats à l'acquéreur de l'entreprise. Est par contre nulle la constitution d'une fiducie en période suspecte, ce qui est normal puisqu'elle permet de violer l'égalité des créanciers au profit de l'éventuel bénéficiaire d'une fiducie sûreté ainsi constituée in extremis. Voir sur le sujet L. AYNÈS, « Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant*, Dalloz 2011, p. 63. Voir également Mémento pratique FRANCIS LEFEBVRE, Fiducie, n°3610 s. et 3800 s.

³ À cet égard, si la fiducie « à la française » n'est pas allée aussi loin que le trust en droit anglo-saxon, elle est allée bien plus loin que la fiducie du droit romain. En droit romain, la fiducie constituait un simple transfert de propriété des biens assortie d'une obligation de les restituer. Tel n'est pas le cas avec la loi précitée où la fiducie constitue un véritable patrimoine d'affectation, le patrimoine fiduciaire, mettant les biens objet de la fiducie à l'abri des créanciers, tant du fiduciaire que du constituant, mais dotant la fiducie d'un passif propre et exclusif, les dettes contractées pour la conservation ou la gestion de l'actif fiduciaire.

de droit commun insérée en 2007 ou de fiducies de droit spécial qui étaient en réalité déjà présentes en droit français. Mais il convient de préciser que cette expression ne doit pas être interprétée littéralement. Comme il a déjà été vu en matière d'indivision où elle était déjà utilisée par l'article 815-17 du Code civil, les « créances de conservation et de gestion » ne désignent en réalité que les créances économiques nées à l'occasion du patrimoine d'affectation.

a) Les dettes “de conservation et de gestion” constituant le passif exclusif du patrimoine fiduciaire

1096. L'article 2025 dispose du régime du passif de ce patrimoine d'affectation en énonçant que « *le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* ».

Le patrimoine fiduciaire est à l'abri des poursuites de tout créancier, que ce soit les créanciers du constituant ou ceux du fiduciaire, hormis de ceux dont la créance est née de sa conservation et de sa gestion. Ces créanciers disposent donc d'un recours exclusif sur le patrimoine fiduciaire en ce sens qu'ils ne sont en concours avec aucun autre créancier¹.

1097. L'expression des « *dettes de conservation et de gestion* » est reprise pour d'autres fiducies que celle du droit commun instaurée en 2007, des fiducies d'un genre particulier qui préexistaient en réalité à cette dernière, mais dans le domaine particulier des marchés financiers.

En effet, en matière d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières, SICAV ou FCP, l'art. L. 216-6 du Code monétaire et financier dispose, d'une part que « *les créanciers dont le titre résulte de la conservation ou de la gestion des actifs d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières n'ont d'action que sur ces actifs* », d'autre part que « *les créanciers du dépositaire ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances sur les actifs d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières conservées par lui* ». L'établissement dépositaire est propriétaire des valeurs mobilières réunies dans le placement collectif, mais celles-ci sont situées hors de son droit de gage général de ses créanciers qui ne peuvent dès lors appréhender les valeurs mobilières incorporées aux SICAV ou FCP. Les créances contractées pour la conservation et la gestion du placement collectif n'ont pas d'action contre le propriétaire, l'établissement dépositaire, la banque. Ils ne peuvent poursuivre que sur le patrimoine d'affectation constitué par le placement collectif². En cela, le schéma correspond davantage à une fiducie plus aboutie que celle du droit commun instaurée en 2007 où les créanciers du patrimoine fiduciaire conservent la personne du constituant comme garant de second plan.

Des dispositions similaires sont prévues pour une autre forme de placement collectif, les sociétés d'investissement à capital fixe, « *société anonyme qui a pour objet la gestion d'un portefeuille d'instruments financiers, de dépôts et de liquidités* »³. Les actifs de la SICAF ne sont pas en sa

¹ Excepté avec les créanciers apportés ab initio en fiducie par la convention l'instaurant par exemple dans le cadre d'une opération de défaisance.

² La dérogation au droit de gage général, à l'article 2285 du Code civil, est explicitée par l'article 214-5 du Code civil. Les patrimoines d'affectation constitués y sont dénommés des « *compartiments* ».

³ Art. L. 214-47 du Code monétaire et financier.

propriété puisque la loi prévoit qu'ils soient conservés par un prestataire de service d'investissement agréé. C'est dans le patrimoine de ce prestataire de service que les actifs de la SICAF se trouvent isolés.

L'art. L. 214-6 du CMF dispose ainsi dans ses deux derniers alinéas, d'une part que « *les créanciers dont le titre résulte de la conservation ou de la gestion des actifs d'une SICAF n'ont d'action que sur ces actifs* », d'autre part que « *les créanciers du prestataire visé au premier alinéa ne peuvent poursuivre le paiement de leurs créances sur les actifs d'une SICAF conservés par lui* ». Les actifs placés sont la propriété du dépositaire, mais ils ne font pas pour autant partie du gage général de ses créanciers, ils ne peuvent être saisis par ces derniers. Là encore, les créanciers ayant fourni des biens, vraisemblablement de l'argent, ou des services pour la gestion de ces actifs ne peuvent agir en paiement sur le reste du patrimoine du prestataire, ils n'ont que le gage dédié que constitue le patrimoine d'affectation et, a priori, la loi ne leur ouvre pas de recours, ni contre la SICAF, ni contre les actionnaires de celle-ci.

Mais, comme il a déjà été relevé en matière d'indivision, l'expression « créances de conservation et de gestion » ne doit pas être prise au pied de la lettre.

b) Des dettes économiques objectives nées à l'occasion du patrimoine fiduciaire

1098. Nous l'avons déjà relevé à l'occasion des créances de conservation et de gestion de l'indivision postcommunautaire, l'expression est trompeuse, car, prise au pied de la lettre, elle impliquerait que des créances nées à l'occasion du patrimoine fiduciaire qui ne seraient pas de conservation et de gestion, ne pourrait donner lieu à engagement des biens du patrimoine fiduciaire pour leur paiement. Tel n'est pas le cas. **Ce sont toutes les créances économiques nées à l'occasion du patrimoine fiduciaire qui permettent de poursuivre leur paiement sur les biens qui le composent.**

1099. Ce vocable quelque peu trompeur provient à notre sens du droit de l'usufruit où la doctrine identifie que « *les dépenses qui intéressent la conservation de la chose* »¹, qui sont pour lui des dépenses d'entretien². La terminologie utilisée relève d'après nous de la théorie générale des impenses³.

Il est vrai que la créance économique présente un point de contact avec le régime des usufruits en termes de temporalité et de référence au réel, au factuel⁴. Les fruits civils, créance économique par

¹ E.-J. BRUN, *Des impenses de l'usufruitier*, th. 1921.

² À la charge de l'usufruitier comme en disposent les articles 605, 606 et 608 du Code civil.

³ Pour une étude des différentes impenses, de leur origine qui remonte au droit romain en passant par POTHIER et de leur évolution majeure dans l'ancien droit, voir M.-C. FAYARD, *Les impenses*, LGDJ, 1969, spéc. p. 23 s. sur les différentes catégories d'impenses nécessaires et la répartition de leur charge. L'auteur conclut son étude sur une corrélation de la ventilation des charges avec les pouvoirs alloués à chacun (p. 31).

⁴ E.-J. BRUN, *Des impenses de l'usufruitier*, th. 1921, spéc. p. 11. L'auteur soulève qu'il y a lieu en début d'usufruit de distinguer entre l'ouverture de droit et l'ouverture de fait. Il n'y a pas de décalage entre les deux lorsque l'usufruit résulte d'un contrat entre vifs, mais il y a décalage lorsqu'il résulte d'un testament, alors le droit s'ouvre au décès et est transmissible aux héritiers, mais la possession et le droit aux fruits commence au jour de la demande de délivrance ou bien au jour de la délivrance

nature, voient leur naissance matérialiste au jour le jour consacrée par le législateur à l'article 586 du Code civil afin de ventiler la créance de fruits civils entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, ceux économiquement nés avant la constitution de l'usufruit allant au nu-propriétaire et ceux économiquement nés après allant à l'usufruitier, et vice versa à la disparition de l'usufruit et à la reconstitution pleine et entière du droit de propriété.

Mais le droit de l'usufruitier n'opère pas seulement un découpage temporel pour distribuer les dettes entre le nu-propriétaire et l'usufruitier, il opère également un découpage en fonction de la nature de la dette afin de la faire correspondre avec la nature des droits démembrement de la propriété dont sont respectivement titulaires le nu-propriétaire et l'usufruitier. Or, cette ventilation selon la nature de la dette ne se retrouve pas dans la détermination du patrimoine d'affectation qui n'est pas un démembrement du droit de la propriété puisque les biens sont pleinement et entièrement transmis au patrimoine fiduciaire. C'est pourtant de cette ventilation selon la nature de la dette en matière d'usufruit qui se trouve d'après nous derrière les « dettes de conservation et de gestion ». C'est la raison pour laquelle il convient de ne pas interpréter littéralement les textes en la matière, car l'esprit dont ils sont issus ne s'applique pas aux patrimoines d'affectations, mais relève en réalité exclusivement du mécanisme de l'usufruit et plus spécifiquement du démembrement du droit de propriété qui implique une ventilation des dettes entre protagonistes selon leur nature.

1100. Les « créances de conservation et de gestion » ne sont donc pas stricto sensu des créances de conservation et de gestion. Le passif du patrimoine fiduciaire peut comporter des dettes qui ne correspondent pas à la conservation et à la gestion du patrimoine d'affectation.

En ce sens, un rapport du Sénat explique qu'il convient de donner aux termes de conservation et de gestion l'acception la plus large, par exemple les dépenses d'entretien ou d'amélioration de l'immeuble fiduciaire, ainsi que les emprunts souscrits pour y faire face¹. Pourtant, les dépenses d'amélioration et les dettes d'emprunt ne sont pas stricto sensu des dépenses de conservation et de gestion. Ceci montre bien qu'il ne faut effectivement pas s'en tenir à la lettre des textes.

Les expressions utilisées par la doctrine vont également parfois dans ce sens, car elles se veulent bien souvent plus larges que celles utilisées par les textes. Ainsi, Michel Grimaldi évoque des « dettes

volontairement consentie (art. 1014 du Code civil). Malgré la controverse doctrinale en la matière, l'auteur s'oriente vers le fait pour déterminer le début du droit aux fruits et de l'obligation aux charges usufruituaires. Il explique qu'il « *ne faut pas s'attacher à l'époque où le droit prend naissance, mais au moment à partir duquel l'usufruitier a droit aux fruits. En d'autres termes, c'est, non l'ouverture de droit, mais l'ouverture de fait qui est à considérer* ». La raison profonde en est que l'usufruit est tenu des réparations parce qu'il jouit, parce qu'il peut percevoir les fruits et payer lesdites réparations avec ces derniers. Nous retrouvons ici la distinction entre la créance juridique et la créance économique. La créance juridique constitue la naissance du droit, le droit de jouir et de bénéficier des fruits dans le futur. La créance économique quant à elle survient par la suite au moment de la jouissance octroyée. Inversement, en fin d'usufruit, c'est la faculté d'abandon et ses effets qui font ressortir la distinction entre les acceptions juridique et économique de la créance. Si tout le monde s'accorde pour les charges futures, M. Brun explique que la controverse règne concernant les charges passées. Adoptant la position de Demolombe, l'auteur considère que la jouissance ne saurait être objet de restitution ou d'effacement, même à travers une éventuelle restitution des fruits passés. La possession passée de la chose constitue un fait irrémédiablement acquis sur lequel il ne peut être revenu. L'abandon permet donc uniquement d'échapper aux charges corrélatives d'une possession future. C'est que, sur le plan des principes, les fruits antérieurs peuvent de toutes les façons ne pas avoir existé, l'essence même du profit dans l'usufruit reposant sur la jouissance de la chose, que l'on ne peut effacer quant à elle. Or, nous retrouvons ici la caractéristique de la consolidation économique de la créance, de la date de naissance de la créance économique, le caractère ineffaçable par l'exécution d'une prestation. La jouissance octroyée correspond à production d'une valeur sur laquelle on ne peut revenir, valeur dont la contrepartie résulte dans les charges correspondant à la même période temporelle.

¹ Rapport Sén. n°11 p. 62, cité par *La fiducie, mode d'emploi*, dossier pratique FRANCIS LEFEBVRE, n°3615.

nées de l'exécution de la fiducie »¹. L'expression est particulièrement appropriée, car elle incorpore une référence à la date de naissance de la créance économique, l'exécution.

1101. C'est donc à tort qu'il est affirmé au guide pratique Francis Lefebvre que les dettes de responsabilité civile ne peuvent être poursuivies sur le patrimoine fiduciaire, car seul le fiduciaire répond de ses fautes². C'est oublier qu'il n'existe pas seulement des cas de responsabilité personnelle, mais qu'il peut survenir des cas de responsabilité sans faute, du fait des choses comprises dans le patrimoine d'affectation³. Pour quelle raison le droit constitutionnel à réparation du préjudice devrait être cantonné au seul recours contre le fiduciaire alors que le dommage fut causé par un bien du patrimoine fiduciaire⁴, quand bien même il s'agirait d'une faute personnelle du fiduciaire, si cette faute fut commise dans le cadre de sa gestion du patrimoine fiduciaire?⁵ Quelle raison pourrait exclure un recours de la victime sur les biens de ce dernier ? Si la faute du fiduciaire engage sa responsabilité, c'est essentiellement à l'égard du constituant ou du bénéficiaire, mais cette précision ne vise à notre avis pas à exclure un recours contre le patrimoine fiduciaire. Cela est impossible. L'intérêt général qui protège le droit à réparation de la victime commande que lui soit accordé le gage le plus étendu et va donc dans le sens d'un engagement du patrimoine fiduciaire pour tout dommage causé à autrui par ce dernier ou à l'occasion de sa gestion.

1102. Il est par contre exact qu'il ne sera sans doute pas toujours facile de déterminer les dettes nées à l'occasion du patrimoine d'affectation. Contrairement au patrimoine d'Aubry et Rau où il est a priori facile de déterminer si une dette est liée ou non à une personne, il ne sera pas nécessairement évident de déterminer si une dette est liée ou non à un patrimoine d'affectation⁶. Dans sa thèse sur le patrimoine fiduciaire, Céline Kuhn propose pour résoudre la question d'utiliser le critère de connexité et de transposer les solutions dégagées à propos de celui-ci en matière de droit de rétention⁷. L'analogie, sans doute valable pour la fiducie sûreté, ne sera peut-être pas appropriée pour la fiducie gestion ou encore pour l'indivision. L'auteur propose également et de façon plus large de raisonner en termes de causalité, « *seule la créance née à cause du patrimoine fiduciaire est garantie par ce même objet* »⁸. Une autre analogie peut être proposée avec la mise en location-gérance du fonds de commerce. La loi y protège les créanciers du nouveau gestionnaire par une solidarité légale des dettes nées « à l'occasion de l'exploitation du fonds » dans les six mois de la publication de la mise en location-gérance⁹.

¹ M. GRIMALDI, « La fiducie, Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Def.* 1991, n°17, p. 897, spéc. n°22.

² Dossier pratique FRANCIS LEFEBVRE, op. cit., n°3617.

³ En ce sens, C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. 2003, n°548.

⁴ Par exemple le décrochage d'une tuile d'un immeuble faisant partie du patrimoine fiduciaire et ayant blessé un passant.

⁵ Rappelons qu'il peut s'agir de la fiducie gestion d'une activité économique à l'occasion de laquelle le nombre de victimes et le type de dommages potentiels sont conséquents.

⁶ Voire auquel des patrimoines est lié une dette dans l'hypothèse d'un EIRL avec une pluralité de patrimoines affectés professionnels. La problématique dépasse le cadre des patrimoines d'affectation symbiotiques faisant usage de l'acception économique de la créance. C'est une problématique structurale inhérente à toute universalité de droit autre que la personne. L'élément fédérateur se veut parfois fuyant, ce qui n'est pas satisfaisant en termes de clarté et de sécurité juridique.

⁷ C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. 2003, n°553.

⁸ Ibid n°563.

⁹ Art. L. 144-7 du Code de commerce. La jurisprudence exige cependant qu'il s'agisse de dettes nécessaires à l'exploitation du fonds tel qu'il existait au jour de la mise en location gérance. Les dettes relatives à une extension postérieure d'activité ou de matériels nouveaux qui était inutiles avant sont donc exclues. C'est qu'il existe une différence irréductible qui écarte cette disposition de nos dettes de conservation et de gestion. L'objectif est de protéger l'apparence pour les créanciers que le fonds se retrouve toujours géré par la même personne ou que le loueur qui exploitait auparavant le fonds coopte, se porte garant pour le locataire-gérant. Rien de cela en matière de créances de conservation et de gestion inhérentes à l'existence du patrimoine

C'est pour les dettes juridiques de prix nées avant la constitution de la fiducie et transférées au patrimoine fiduciaire que l'utilisation de l'acception économique de la créance sera la plus utile. En effet, pour les dettes juridiques nées durant l'existence du patrimoine fiduciaire, seule la question du rattachement à ce dernier pourrait éventuellement poser problème, encore que les biens soient bien séparés de la personne du constituant s'ils sont en la puissance du fiduciaire¹.

2/ Le transfert en fiducie des dettes de prix d'une exécution postérieure inhérente aux biens transférés

1103. Des dettes peuvent être transférées en fiducie. Malgré la lettre de l'article 2011 qui ne prévoit pas le transfert de dettes, le projet de loi sur la fiducie le prévoyait quant à lui, tout spécialement l'opération de défaisance² s'effectuant par le transfert de la dette en fiducie³ et des biens permettant d'en effectuer le service⁴. Surtout, l'article 12 de la loi instaurant la fiducie traite des obligations comptables et dispose que « *les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du code civil forment un patrimoine d'affectation* ». Les dispositions réglementaires concernant le traitement comptable de l'opération de fiducie, le règlement CRC n°2008-01 du 3 avril 2008⁵ évoque dans son article 2 « *d'évaluation et comptabilisation des éléments d'actifs et de passifs* », disposition intégrée à l'article 363-1 du Plan Comptable Général et son annexe IV. Ce règlement précise même que les éléments de passif transférés, autrement dit les dettes, peuvent être supérieurs aux éléments d'actif transférés⁶, mais que le transfert de passifs isolés est par contre exclu quant à lui. Dans l'éventualité du transfert d'un passif net, un compte spécifique est

d'affectation, une telle limitation n'existe pas, notamment parce qu'il n'y a pas de changement de gestionnaire, ou, à tout le moins si celui-ci survenait, il ne ferait pas l'objet d'une telle problématique.

¹ Mais ils peuvent faire l'objet d'une convention de mise à disposition au profit du constituant. Alors il pourrait s'avérer plus difficile dans ce schéma pour les créanciers de ce dernier de démontrer que la prestation fournie le fut au bénéfice du patrimoine fiduciaire et justifie un recours sur les biens de ce dernier.

² Rapp. AN n°3655 p. 33 et Sénat n°11, 2006-2007, séance du 11 oct. 2006, p. 45. C'est pour cela que la loi prévoit la possibilité de transférer juridiquement l'obligation à la dette sur la tête du fiduciaire et non du constituant ou de la limiter au patrimoine fiduciaire avec l'accord des créanciers, afin de permettre ce type d'opération et d'éviter que les parties n'aient recours au droit étranger. Pour une critique néanmoins de ces dispositions, voir C. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie », *D.* 2007, 1350.

³ Les modalités de l'opération de défaisance sont controversées. Ainsi, l'avis du CNC du 15 dé. 1988 est relatif à la comptabilisation de l'opération d'in-substance défaisance. Il la définit comme « *une technique d'ingénierie financière qui permet à une entreprise donnée d'atteindre un résultat équivalent à l'extinction d'une dette figurant au passif de son bilan par la transfert de titres à une entité juridique distincte qui sera chargée du service de la dette* ». Surtout, l'avis du CNC précise que « *cette opération n'ayant pas pour effet de libérer juridiquement l'entreprise de son obligation initiale* ». Or tel n'est pas ce qu'il ressort du guide FRANCIS LEFEBVRE sur la fiducie qui considère que l'opération de défaisance nécessite d'obtenir du créancier transféré qu'il abandonne tout recours contre le constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire (*La Fiducie mode d'emploi*, FRANCIS LEFEBVRE, 2^e éd. 2009, n°3622). Toutefois, l'avis du CNC est bien antérieur à la réception en droit français de la fiducie. La position du guide FRANCIS LEFEBVRE confirme que les exceptions aménagées par l'article 2025 au recours contre le constituant visent peut-être à l'accomplissement de l'opération de défaisance. Mais alors elles iraient dans le sens de la nécessité d'un consentement du créancier même dans l'hypothèse d'un transfert sur la personne du fiduciaire alors que les textes ne l'exigent que pour le cantonnement du gage au seul patrimoine fiduciaire.

⁴ M. LEROY, « Le passif fiduciaire », in *dossier Droit et Patrimoine*, n°171, juin 2008, p. 59.

⁵ Homologué par arrêté ministériel du 11 déc. 2008. Voir également l'avis du CNC n°2008-03 du 7 févr. 2008.

⁶ On se souviendra ici que le droit comptable adopte une acception économique de la créance. Dès lors, la créance de loyers futurs d'un immeuble transféré au patrimoine fiduciaire n'est pas prise en compte. Ceci explique qu'un patrimoine déficitaire au plan comptable pourra néanmoins permettre le paiement de l'intégralité d'une dette, par les bénéfices successifs qu'il est susceptible de générer et non pas par la réalisation du capital transféré.

inséré au PCG, le compte « 162 - Obligations représentatives de passifs nets remis en fiducie ». Pour ces raisons, si certains auteurs se cramponnent à la lettre de l'article 2011 du Code civil pour trop vite écarter tout transfert de dettes, certains l'admettent logiquement¹ ou d'autres le considèrent pour acquis².

Comme il a déjà été observé au sujet de la cession de contrat, le transfert de dettes est intimement lié au transfert de contrat en ce que le transfert d'un contrat en cours implique celui des dettes et créances principales qui en sont issues, tout spécialement de la dette du prix d'une exécution future.

Si le transfert de la dette de prix d'une prestation future prend en principe la forme d'un transfert de contrat en cours, c'est par le lien causal qui l'unit à la prestation corrélative future³. Malgré tout, il nous semble que, l'opération de défaillance ayant été consacrée, il pourrait être envisagé de transférer en fiducie la dette de prix d'une prestation future sans transfert corrélatif de la créance de cette prestation. L'opération serait particulièrement originale, mais pourrait être envisagée d'après nous⁴.

1104. Par crainte de l'évasion fiscale et du blanchiment d'argent, deux schémas sont pour l'essentiel⁵ envisageables à travers une opération de fiducie, une fiducie-sûreté et une fiducie-gestion⁶.

Bien que la fiducie-gestion se présentera rarement en pratique¹, elle implique nécessairement le transfert des contrats afférents à l'activité économique transférée². En effet dans l'hypothèse d'un

¹ C. KUHN, « Une fiducie française », *Droit et patrimoine*, avril 2007, n°158. L'auteur concède la possibilité de l'opération de défaillance par transfert de dettes ab initio en fiducie.

² P. NEAU-LEDUC, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant*, Dalloz 2011, p. 45. L'auteur envisage l'existence d'un passif fiduciaire transféré ab initio sans mettre en doute une telle possibilité, et examine d'ailleurs même deux cas, si le transfert est positif (compte d'immobilisation financière dans le patrimoine du constituant : 2661), ou si l'actif net transféré est négatif (obligation au passif 162 « obligation représentative de passifs nets remis en fiducie »).

³ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, Economica, n°499 où l'auteur explique clairement que le transfert de dette est impossible indépendamment de sa source.

⁴ Le droit évolue, y compris dans sa structure fondamentale. Les institutions nouvelles que sont la déclaration d'insaisissabilité, la fiducie et l'EIRL le prouvent. Pour ces deux dernières, la notion de patrimoine d'affectation, jusqu'ici confuse, se trouve légalement consacrée et les opérations sur universalités de droit, jusqu'ici marginales, se trouvent substantiellement développées. Dès lors, nous sommes amenés à nous demander pourquoi la théorie de la cause s'opposerait fondamentalement à ce que la volonté des parties puisse scinder le contrat synallagmatique ? L'ordre public ne semble pas atteint par une telle prouesse certes incongrue. Dans la vente à tempérament d'un immeuble, la dette de paiement a bien pour contrepartie la propriété acquise de l'immeuble. Or, on pourra envisager de transférer la dette de prix en fiducie tout en conservant l'immeuble. Le but économique n'est donc pas nécessairement lié à la dette, à tout le moins n'y est-il pas attaché de façon irrémédiable. Reste à déterminer l'intérêt de l'opération. Dans tous les cas, elle se traduirait nécessairement au bilan du constituant, d'où le rapprochement d'avec une opération de défaillance. Mais au lieu de supprimer une dette au bilan, c'est un droit nouveau qui devrait y être enregistré, le droit à l'exécution future de la prestation. Ce pourrait être par exemple le droit d'occuper les locaux pour 10 ans affranchi de tout paiement de loyers. C'est d'ailleurs là que pourrait éventuellement résider un intérêt de l'opération. Admettons que la prestation future ait déjà acquis beaucoup plus de valeur que le montant pour lequel elle fut souscrite. Enregistrer au bilan le droit à l'exécution future pour sa valeur actualisée permettrait de gonfler sagement l'actif social.

⁵ Mais pas uniquement. J. ROCHFELD, « La Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *RTD Civ.* 2007 p. 412. L'auteur observe que l'institution vise également à permettre de réaliser des opérations bancaires et financières complexes, telles des émissions obligataires et des opérations de titrisation, c'est-à-dire de transfert à une structure dédiée de l'ensemble des dettes d'une entreprise afin d'émettre en contrepartie des titres obligataires échangeables, ou encore des opérations de portage de titres ou d'actifs mobiliers et immobiliers. C'est que cet instrument sert à contrer « la délocalisation des opérations financières hors de nos frontières », spécialement vers les trusts anglo-américains, et à juguler plus largement la perte d'influence consécutive des marchés financiers français. Et l'auteur relève au surplus, à la suite de Robert BADINTER, que la finalité financière a été servie tandis que la finalité humaine était écartée.

⁶ Les dispositions sur la fiducie ne sont pas localisées dans le droit spécial des sûretés, elles relèvent du droit commun, mais le droit spécial des sûretés comportent des dispositions spécifiques qui adaptent ce droit commun de la fiducie au schéma d'une fiducie sûreté. La fiducie peut donc nécessairement être utilisée pour d'autres figures que pour la fiducie sûreté. Néanmoins, Philippe NEAU-LEDUC remarque que les conditions exigées pour la neutralité comptable et fiscale tuent dans l'oeuf l'institution en dehors des cas de fiducie-sûreté où elle sera obtenue (article op. cit. in *La fiducie dans tous ses états, Journée Capitant*).

fonds de commerce transféré en fiducie, les créances nées de la conservation et de la gestion du patrimoine fiduciaire correspondront aux prix de tous les biens ou services fournis durant la fiducie pour assurer la continuité d'exploitation. Or, certains de ces biens ou de ces services pourront avoir été fournis en vertu d'un contrat passé par le constituant avant qu'il n'y ait fiducie. Dans ces hypothèses, il y aura eu transfert du contrat en cours afférent au fonds de commerce exploité.

Mais la fiducie-sûreté n'est pas exclue non plus de ce type d'hypothèse. Les créances de conservation et de gestion ne seront peut-être pas nombreuses. Mais, lorsque les biens transférés comprennent par exemple des immeubles, il pourra y avoir par des contrats d'entretien, de sécurité ou d'assurance en cours afférents aux immeubles et transmis avec ces derniers.

1105. Le schéma ressemble alors à une cession de contrat, mais sans accord du cocontractant transféré en fiducie, du créancier du prix des biens et des services dont les créances sont d'ores et déjà nées, mais qui ne seront exécutés qu'après la mise en fiducie.

Il s'opère un transfert partiel du contrat en cours ainsi qu'un transfert partiel en fiducie de la créance de prestation de service et de la dette corrélative de prix à hauteur de la portion de prestation caractéristique encore inexécutée au jour de la constitution de la fiducie. Ainsi, le fournisseur de bien ou de service au patrimoine fiduciaire pourra poursuivre le prix de ce qu'il aura fourni à ce dernier sur les biens affectés en fiducie. Il lui faudra d'ailleurs adresser sa demande en paiement au fiduciaire et non pas au constituant, après qu'il ait été informé du transfert en fiducie de son contrat.

1106. Si nous prenons l'exemple du bail commercial transféré en fiducie-gestion avec le fonds de commerce dont il constitue un élément économique, cela signifie que le bailleur ne pourra poursuivre son paiement sur les biens indivis ou sur le patrimoine fiduciaire que pour les loyers qui correspondent à la période de jouissance du patrimoine d'affectation. Les dates d'échéances n'interfèrent pas ici.

Dans le cas du défaut de paiement d'une annualité à terme échu où la fiducie-gestion s'était constituée en milieu d'année, le bailleur ne pourra pas recourir contre celle-ci l'intégralité de son échéance, de l'annualité. Il ne pourra poursuivre que dans la mesure du semestre durant lequel la fiducie-gestion a pu bénéficier du bail. Pour le surplus, pour les six premiers mois, il ne pourra que poursuivre le constituant ayant à l'époque bénéficié de la jouissance en tant que titulaire et exploitant alors du fonds de commerce.

Mais nous pourrions prendre également l'exemple d'un contrat à exécution instantanée, d'une vente. Le prix des fournitures commandées avant la constitution de la fiducie, mais livrées après, pourra être poursuivi sur le patrimoine fiduciaire.

¹ La doctrine relève majoritairement que la fiducie-gestion sera rare, seule la fiducie-sûreté ayant véritablement droit de cité en France pour le moment. Philippe NEO-LEDUC soulève que les contingences légales pour obtenir la neutralité fiscale qui sera systématiquement recherchée par les parties sont en ce sens que seule la fiducie-sûreté sera en pratique adoptée. En l'absence de neutralité fiscale, la fiducie-gestion s'avèrera sans doute ruineuse.

² A. HINFRAY, « La fiducie et le bail commercial en droit français », *AJDI* 2012 p. 85. L'auteur met l'accent sur les points de discordance entre le statut des baux commerciaux et la fiducie. Mais il tient en tous cas pour acquis la possibilité du transfert du contrat de bail en fiducie.

La solution est identique en fiducie-sûreté, l'assureur pourra adresser sa demande en paiement du prix de la seule couverture postérieure au transfert en fiducie de l'immeuble ou du meuble assuré.

1107. La fonction de corrélation des produits et des charges implique la réversibilité de ces solutions. Si la dette de prix d'une exécution future est transférée en fiducie, il en ira de même de la créance de prix d'une exécution future. Un immeuble transféré en fiducie pourra par exemple faire l'objet d'un contrat de bail en cours. La créance de loyers futurs sera alors transférée en fiducie simultanément au bien à mesure de son acception économique future. La portion de loyers inhérente à l'occupation antérieure sera acquise au constituant, tandis que la portion de loyers inhérente à l'exécution postérieure sera acquise au patrimoine fiduciaire, ce nonobstant les dates d'échéances stipulées au contrat. En cas de paiement du constituant ou du fiduciaire pour une échéance recouvrant les deux périodes, et en l'absence de clause insérée au contrat de fiducie pour gérer cette situation, il y aura lieu à restitution partielle à l'un ou l'autre en application des suites logiques du contrat de fiducie.

1108. La **protection de la créance juridique en tant que bien**, qui existait pour le tout avant qu'il n'y ait transfert en fiducie à hauteur de la dette du prix de l'exécution future, n'est ici pas un obstacle au transfert en fiducie même sans l'accord du cocontractant fournisseur et créancier. En effet, en vertu de l'article 2025 al. 2nd du Code civil, **le constituant demeure garant du passif fiduciaire**, l'article disposant qu'en « *cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers* ». Dès lors, le **gage** du créancier transféré reste **inchangé quantitativement**, mais se trouve **amélioré qualitativement** pour le prix de l'exécution postérieure au transfert en fiducie de sa créance puisqu'alors il dispose du gage exclusif des biens placés en fiducie, il n'est pas en concours sur eux, ni avec les créanciers du constituant ni même avec les créanciers du fiduciaire. En contrepartie de cet avantage qualitatif, les créanciers doivent d'abord s'adresser au fiduciaire pour se faire payer, le recours contre le constituant n'étant placé qu'au second plan¹.

¹ Concernant les modalités de ce recours personnel subsidiaire contre le constituant, bien que l'article 2025 semble exiger « l'insuffisance » du patrimoine fiduciaire et donc l'insolvabilité de ce dernier, il ne nous semble pas que le texte doivent être ici interprété de façon littérale. En effet, la protection de la créance juridique en tant que bien transférée au patrimoine fiduciaire commande malgré l'avantage octroyé par un gage exclusif, commande d'après nous que le recours contre le gage initial de la personne du constituant ne soit pas trop entravé par des conditions restrictives. Il nous semble donc qu'il n'y a pas lieu de procéder à une analogie avec un cautionnement sans solidarité (en ce sens, C. KUHN, « Une fiducie française », *Droit et patrimoine* avril 2007, n°158), mais davantage avec la délégation. En la matière, le délégataire doit poursuivre prioritairement le délégué qui devient son débiteur de premier plan. Cela résulte d'après nous des suites nécessaires au mécanisme de la convention de délégation. Mais cela ne va pas d'après nous jusqu'à exiger des poursuites judiciaires infructueuses ou la clôture d'une liquidation du délégué pour insuffisance d'actif car il serait par trop porté atteinte à l'efficacité du droit primaire préservé contre le délégant au profit du délégataire. Il en va un peu de même en matière de recours contre le constituant. Celui-ci ne saurait pour nous être ralenti par l'exigence de la preuve de l'insolvabilité du patrimoine fiduciaire. Une simple mise en demeure du fiduciaire demeurée infructueuse devrait suffire d'après nous à autoriser le recours contre le constituant (en ce sens, *La fiducie, Mode d'emploi*, FRANCIS LEFEBVRE 2009, n°3620). Ce n'est qu'ensuite que le constituant pourra éventuellement mettre en oeuvre la responsabilité civile du fiduciaire. En effet, le recours contre le constituant constitue d'après nous une pièce essentielle du mécanisme. Il est le patrimoine au sens D'AUBRY et RAU, la personne qui garantit les dettes du patrimoine fiduciaire en sus du gage spécial que constitue ce dernier. Il est similaire en cela au recours personnel dont disposent les créanciers de la communauté à l'égard de l'époux du chef duquel la dette était entrée en communauté ou encore aux recours personnels divis dont disposent les créanciers de l'indivision à l'encontre des coindivisaires débiteurs conjoints des dettes de l'indivision. En effet, l'indivision comme la communauté légale, comme le patrimoine fiduciaire ne sont pas dotés de la personnalité juridique, ce pourquoi il apparaît difficile de reconnaître qu'ils soient véritablement créanciers ou débiteurs au sens propre du terme, au sens d'un lien de droit subjectif personne.

1109. Mais il convient malgré tout de s'interroger sur la protection de la créance juridique née avant le transfert en fiducie en l'absence du recours contre le constituant. En effet, d'une part l'article 2025 du Code civil aménage deux exceptions à ce recours. L'article dispose qu'une clause contraire du contrat de fiducie peut écarter le recours subsidiaire contre le constituant en « *mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire* »¹. Cette exception rapproche à la fiducie française du trust anglo-saxon où le fiduciaire est engagé personnellement. Elle est d'autant moins choquante que les créanciers pourront avoir contracté avec le fiduciaire en cours de fiducie. Celui-ci sera dès lors engagé personnellement en vertu de la théorie de l'apparence², ou bien ès qualité de fiduciaire si l'information du tiers a bien été respectée conformément à l'article 2023 du Code civil. Mais l'article aménage une seconde exception en disposant que « *le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée* »³. À cela, s'ajoute le fait que certains auteurs⁴ estiment que le recours contre le constituant aménagé par l'article 2025 du Code civil ne figurait pas dans le projet de loi, se veut parfaitement incohérent au regard du mécanisme fiduciaire⁵ et devrait être supprimé. Rémy Libchaber⁶ considère par exemple quant à lui que la fiducie se veut rétive à toute théorie.

Dans tous les cas, il y a lieu d'appliquer les règles déjà observées en matière de cession de contrat. La dette juridique antérieure à la constitution de la fiducie correspondant à une exécution postérieure ne peut être privée du recours contre son débiteur originaire, le constituant, sans l'accord express du créancier, sans la décharge expresse par le créancier du cocontractant. Le fournisseur pourrait donc

¹ F. BARRIERE, *JCP E* 2007, 2053 p. 17 n°25. L'auteur observe qu'en pratique, le constituant ne manquera pas d'interdire au fiduciaire, par une stipulation du contrat de fiducie, de conclure un contrat avec un tiers sans que ce dernier ait au préalable accepté de limiter son recours aux seuls actifs du patrimoine fiduciaire.

² A. BÉNABENT, *Les obligations*, n°500 s., l'auteur l'insère parmi les quasi-contrats, des faits volontaires qui obligent légalement.

³ C. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie », *D.* 2007, 1350. Pour une appréciation très critique de ces exceptions aménagées par le texte que l'auteur trouve « *invraisemblables* », le législateur faisant ici preuve d'une « *très grande naïveté (...) d'angélisme* ».

⁴ Pour une critique virulente de la fiducie à la française, voir C. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie », *D.* 2007, 1350. Pour l'auteur, non seulement cette fiducie est contraire à la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, mais également à la théorie du patrimoine d'affectation. Pour l'auteur, l'article 2025 du Code civil est en réalité contraire à toute théorie, à toute cohérence, il ne s'agit là qu'une « *manifestation moderne d'un législateur légiférant à bout de nez et détruisant la cohérence acquise et persistante depuis 181 ans* ». Voir pour une critique moins virulente mais qualifiant tout de même l'institution d'hérésie et en appelant à une réforme, G. BLANLUET et J.-P. LE GALL, « La fiducie, une œuvre inachevée », *JCP G* 2007 I 167.

⁵ Par ce recours, le constituant se trouve responsable de la gestion du fiduciaire à l'égard des tiers, une personne répond des actes de gestion d'une autre personne. Certes, le fiduciaire répond de ses fautes. Mais une mauvaise gestion n'est pas constitutive d'une faute, voire une gestion qui n'est pas mauvaise mais qui peut malgré tout générer des dettes demeurées impayées. En outre, rien n'est dit concernant un éventuel recours récursoire du constituant ayant été actionné contre le patrimoine fiduciaire. Quoi qu'il en soit, excepté sa faute, le fiduciaire ne répond cependant en principe pas des dettes du patrimoine fiduciaire. La solution est en cela contraire au trust américain dans lequel le fiduciaire répond logiquement de sa gestion à l'égard des tiers. C'est, chez nous et pour le moment, au Patrimoine du constituant que demeure rattaché le patrimoine fiduciaire puisque c'est celui-ci qui doit répondre des dettes de gestion et de conservation du patrimoine fiduciaire dans l'hypothèse de son insuffisance à les désintéresser. Ce mécanisme apparaît choquant car il implique une césure entre les pouvoirs et la responsabilité. Si le fiduciaire est responsable de ses fautes, il n'est pas responsable de sa gestion non fautive, c'est le constituant qui l'est alors que celui-ci ne dispose pas de pouvoirs lui permettant d'intervenir dans la gestion du fiduciaire, contrairement au mandat par exemple. Encore une fois, cette anomalie génétique ne se retrouve pas dans le trust anglo-saxon⁵ où le trustee, fiduciaire, est seul tenu à l'égard des créanciers durant la fiducie en contrepartie de quoi il peut réclamer une indemnité sur le patrimoine fiduciaire lors du dénouement de l'opération, à condition toutefois qu'il soit resté dans la limite des pouvoirs qui lui étaient octroyés dans la gestion du trust. L'atteinte à la théorie du Patrimoine d'Aubry et Rau est donc double. D'une part le fiduciaire se retrouve à la tête de plusieurs patrimoines, ce qui porte atteinte au principe d'unicité de celui-ci, le Patrimoine n'est plus La personne. D'autre part le nouveau titulaire du patrimoine ne répond pas du passif fiduciaire, puisque c'est en principe le constituant qui en répond, ce n'est donc plus le titulaire du patrimoine qui répond du passif mais une tierce personne qui n'en est plus propriétaire.

⁶ Article op. cit.

poursuivre le patrimoine fiduciaire pour le prix de l'exécution postérieure, mais pourrait également et en toute occurrence poursuivre le constituant pour le paiement de ce prix. Celui-ci demeurerait garant malgré la lettre du contrat de fiducie et malgré une éventuelle suppression du recours subsidiaire contre le constituant aménagé par les textes.

Par contre, ce recours contre le constituant disparaîtrait en cas de naissance de la créance juridique directement sur le patrimoine d'affectation après sa constitution, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le contrat ayant donné naissance à la créance juridique serait souscrit en cours de fiducie par le fiduciaire gestionnaire et non pas avant par le constituant alors propriétaire des biens ou du fonds.

La problématique de la protection de la créance juridique en tant que bien peut ressurgir au moment du dénouement de l'opération fiduciaire. Il y a alors lieu de s'interroger sur l'utilisation de la créance économique pour ventiler à nouveau les dettes de prix de contrats en cours entre le prix correspondant à une exécution antérieure et celui correspondant à une exécution postérieure.

B. La créance économique envisageable au dénouement de la fiducie

1110. L'article 2025 du Code civil n'accorde apparemment le recours au patrimoine fiduciaire qu'aux dettes nées de la conservation et de la gestion. Nous avons déjà vu que l'article était imprécis, voire erroné dans sa lettre, à double titre. D'une part, il ne s'agit pas que des dettes de conservation et de gestion stricto sensu, mais de toute dette dont l'acceptation économique est née durant la fiducie et à l'occasion du patrimoine fiduciaire. D'autre part, nous avons vu que le transfert de dettes en fiducie était possible, spécialement l'opération de défaisance, si bien que la dette ainsi transmise ab initio au patrimoine fiduciaire pourra poursuivre son paiement sur les biens en réalité affectés à son service sans qu'elle soit pour autant liée à la conservation ou à la gestion de ceux-ci.

Mais il est une autre imprécision de la loi qui finalement n'envisage que le passif durant l'existence de la fiducie sans se soucier de son origine éventuellement antérieure, mais également sans se soucier non plus de son devenir au dénouement de l'opération de fiducie. L'acceptation économique de la créance devra nécessairement s'appliquer à nouveau à cette occasion.

Cela ne devrait pas poser de problème pour les dettes juridiques nées en cours de fiducie (1). Mais la protection des créances juridiques comme biens viendra quelque peu compliquer le schéma lorsque la dette de prix d'une exécution future avait déjà été transférée en fiducie et qu'elle ne fait pas retour au constituant lors du dénouement de l'opération (2).

1/ Une application inhérente à la qualité de dette en fiducie

1111. Nous avons déjà évoqué la nature du patrimoine fiduciaire consacrée par l'article 12 de la loi du 19 février 2007, « un patrimoine d'affectation ». Cette nature d'un patrimoine d'affectation, et donc d'une universalité de droit, implique l'existence d'un actif et d'un passif corrélatif. Mais elle

implique également qu'en fin de fiducie il s'opère un transfert de plein droit des créances et des dettes qui le compose, de façon analogue à l'hypothèse d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions où il y a transfert de plein droit de toutes les dettes attachées à l'activité cédée. Autrement dit, le dénouement de l'opération de fiducie implique, soit le transfert universel du patrimoine fiduciaire dans celui du bénéficiaire, qui peut être le fiduciaire, soit le retour au constituant du patrimoine fiduciaire, mais également sous la forme d'un transfert universel de patrimoine.

1112. Ce transfert d'universalité implique un transfert des créances et des dettes incluses dans le patrimoine fiduciaire. Cela implique également un transfert des contrats en cours qui se traduit par celui des créances et des dettes de prix d'une prestation future.

Il y a à nouveau, comme en matière de cession de contrat, transfert partiel de créances et de dettes à hauteur de l'acceptation économique de la créance. Par exemple, dans le cas d'un immeuble donné à bail inclus dans le patrimoine fiduciaire, la créance de loyers afférente à l'occupation future est transférée dans le patrimoine du bénéficiaire au titre du transfert universel. Corrélativement, la dette de prix des biens ou services commandés pour les besoins du patrimoine fiduciaire se trouve également transférée au bénéficiaire à hauteur de l'acceptation économique de la créance, à hauteur du prix de l'exécution future de la prestation caractéristique.

L'acceptation économique de la créance permet ainsi la ventilation des créances et des dettes correspondant à une situation juridique en cours, à un rapport synallagmatique en cours d'exécution au jour du transfert de l'universalité de droit les comportant.

La doctrine considère que seul un actif net se trouve transmis au dénouement de l'opération de fiducie¹. Cela implique que les créanciers soient désintéressés lors de ce dénouement². Il est même soutenu qu'à défaut de désintéressement en fin de fiducie, les créanciers fiduciaires n'auraient pas de recours contre le bénéficiaire³, que leurs créances seraient éteintes⁴.

1113. Mais ce raisonnement omet les créances non exigibles au jour du dénouement. Outre qu'aucun texte ne prévoit l'exigibilité anticipée du passif fiduciaire non exigible au jour du dénouement de l'opération, une telle exigibilité pourrait être défavorable pour le bénéficiaire qui peut avoir intérêt à bénéficier de tout l'actif et corrélativement du financement octroyé par les établissements bancaires et des modalités de paiement afférentes aux prêts en cours.

Pour soutenir la liquidation du passif et le transfert d'un actif net, Céline Kuhn invoque dans sa thèse un adage du droit romain qui connaissait déjà l'institution⁵. Mais la fiducie n'était pas identique en droit romain, il ne s'agissait que d'une universalité de fait insusceptible de comporter un passif, il ne s'agissait pas d'un patrimoine d'affectation, d'une universalité de droit. Dès lors, le passif ne pouvait

¹ F. BARRIERE, « La loi instituant la fiducie, entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007 2053, pour qui la solution d'un règlement serait sans doute la plus sage.

² F. BARRIERE, *Bull. Joly* 2007 §144 spéc. n°37.

³ FRANCIS LEFEBVRE, *La Fiducie, mode d'emploi*, op. cit.

⁴ C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. 2003, n°630.

⁵ Ibid, n°627.

avoir besoin d'être liquidé, il n'existait pas. À tout le moins les dettes liées à la fiducie ne se dissociaient pas des dettes personnelles du fiduciaire et reposaient uniquement sur ce dernier.

Il nous semble quant à nous que l'absence de transfert d'un passif nie la nature de l'institution, une universalité de droit comportant un actif et un passif corrélatif et dont le transfert à autrui implique nécessairement le transfert des biens, mais aussi des dettes corrélatives. En réalité, le transfert d'un actif net permet d'éluder un véritable problème, celui de la protection des dettes juridiques nées à l'occasion du patrimoine fiduciaire ou transférées *ab initio* dans celui-ci et qui changent de débiteur par l'effet du transfert universel de patrimoine inhérent au dénouement de l'opération de fiducie.

1114. En effet, si le transfert des créances ne pose pas de problème, car il peut s'accomplir sans l'accord du débiteur et ne porte pas atteinte à la propriété des créances, il n'en va pas de même du transfert des dettes. À cet égard, nous pensons qu'il y a lieu de distinguer.

Les dettes juridiques nées durant la fiducie directement au passif fiduciaire sont nées avec cette qualité de dette en fiducie, avec l'inscription génétique d'un gage exclusif temporaire et d'une vocation à se fondre dans le patrimoine du bénéficiaire ou dans celui du constituant en cas de retour.

Dans la mesure où elles sont nées juridiquement en tant que dettes du patrimoine fiduciaire, il nous semble que le dénouement de la fiducie et le changement de débiteur inhérent au transfert universel peut être imposé aux créanciers sans leur accord. Ce changement était en effet prévisible *ab initio*, il était inscrit dès l'origine dans la substance de la dette.

Autrement dit, le contrat à exécution successive souscrit durant la fiducie pour sa gestion a engendré la naissance pour le tout d'une dette de prix au passif fiduciaire. Mais la condition de dette fiduciaire implique le caractère temporaire du patrimoine d'affectation et la vocation au transfert de la dette de prix dans le patrimoine du bénéficiaire ou dans celui du constituant lors du dénouement de l'opération de fiducie. Présente à la naissance de la créance, inscrite dans le bien que constitue la créance, la protection de sa propriété ne fait pas obstacle au changement de débiteur par l'effet du dénouement de l'opération de fiducie.

Le fondement juridique pourrait être un consentement implicite par anticipation, mais il serait trop limitatif quant à la source des dettes composant le passif fiduciaire qui peuvent provenir d'une autre source que le contrat.

Il n'en ira pas de même pour les dettes transférées *ab initio* en fiducie. Pour celles-ci, le changement de débiteur, à hauteur de l'acception économique future de la créance, inhérent au dénouement de l'opération de fiducie, risque de se heurter à l'obstacle de la protection de la créance juridique en tant que bien.

2/ Le problème marginal des dettes juridiques apportées en fiducie ne retournant pas au constituant

1115. Le patrimoine fiduciaire n'est pas doté de la personnalité juridique. Dès lors, davantage qu'un changement de débiteur par l'effet du dénouement de l'opération de fiducie, il serait plus approprié de parler d'une modification substantielle du gage des dettes contenues dans le passif fiduciaire. Le changement sera dans tous les cas substantiel par l'effet même de la disparition du patrimoine fiduciaire dans la mesure où celui-ci constitue un gage exclusif à l'abri du concours des créanciers de chacun des protagonistes, que ce soit ceux du constituant ou ceux du fiduciaire. Or, toute altération de gage peut se heurter à la protection de la propriété des créances juridiques, car le gage en constitue la substance.

1116. Si les créances nées juridiquement en cours de fiducie portent en elle le caractère temporaire de celle-ci et la vocation du futur transfert universel au moment de son dénouement, tel n'est pas le cas de celles qui furent transférées ab initio en fiducie, plus précisément des dettes transférées en fiducie au jour de la constitution de celle-ci.

Nous avons vu en effet qu'un tel transfert était possible sans le consentement du créancier, car l'article 2025 du Code civil maintient la garantie par le constituant, si bien que le gage de ces créances demeure quantitativement inchangé et qualitativement amélioré. Mais il n'en va plus de même au dénouement de l'opération de fiducie, car alors la garantie du constituant disparaît avec le patrimoine fiduciaire.

L'obstacle de la propriété des créances ne se pose pas lorsque la dette retourne dans le patrimoine du constituant, car celui-ci était bien le débiteur d'origine. Mais le problème se pose en cas de transfert dans le patrimoine d'un bénéficiaire, que ce soit le fiduciaire ou une tierce personne. Alors la garantie du constituant disparaît pour l'avenir, le gage exclusif du patrimoine disparaît pour l'avenir, et le transfert universel provoque un changement de débiteur qui n'était pas prévisible, qui n'était pas inscrit dans la substance de la dette au jour de sa naissance.

1117. Pour ces dettes, il y a lieu d'appliquer les règles vues en matière de cession de contrat, tout comme elles devaient déjà être appliquées au moment de leur transfert en fiducie lorsque la convention de fiducie écarte la garantie du constituant. Cela implique que le constituant reste garant des dettes ainsi transmises au bénéficiaire par le transfert universel du patrimoine fiduciaire au moment du dénouement de l'opération de fiducie. Il demeure garant des dettes non encore échues, mais il demeure aussi garant des dettes de prestations futures non encore exécutées au jour de transfert du patrimoine fiduciaire. Ainsi, si nous prenons l'exemple du prix d'un contrat de surveillance passé par le constituant pour un immeuble transféré ensuite en fiducie. Le constituant demeure garant du prix des prestations de surveillance accomplies durant l'existence de la fiducie, en vertu de l'article 2025 du Code civil. Mais il reste garant des prestations accomplies après le dénouement de l'opération de fiducie en vertu de la protection des créances juridiques en tant que biens qui interdit d'altérer le gage de ces créances de façon substantielle sans l'accord express du créancier. Pour ces dettes uniquement, le transfert universel prend un peu la forme d'une délégation.

Le cocontractant créancier pourra poursuivre le bénéficiaire pour le prix des prestations accomplies après le dénouement de la fiducie, mais il conservera la garantie du constituant pour ce même prix qui était juridiquement né sur sa tête à l'origine.

1118. Il n'est pas possible ici d'invoquer une justification d'intérêt général qui permettrait de franchir l'obstacle de la protection de la propriété des créances, comme nous avons pu le faire pour la dissolution du mariage, le décès ou encore le partage. En effet, pour ces derniers, il existait une justification supérieure, celle de la sécurité des situations juridiques générées par les événements considérés, mais surtout celle de la paix des familles et de la sécurité juridique de dissolution du mariage et du partage. Cette justification d'un intérêt supérieur ne se retrouve pas pour la fiducie. À cela s'ajoute que le mariage, le décès ou le partage ne sont pas laissés au bon vouloir exclusif du débiteur, ce sont des événements qui s'imposent davantage, à tout le moins les raisons y ayant présidés. Tel n'est pas le cas de la fiducie librement choisie par le débiteur lui-même. Nous retrouverons ces éléments qui ne permettent pas de contourner une légère complexification par la protection de la créance juridique en tant que bien dans le dernier patrimoine d'affectation qu'il nous reste à aborder l'EIRL.

§ 3 : L'EIRL

1119. Instaurée par la loi du 15 juin 2010¹, l'entreprise individuelle à responsabilité limitée permet à l'entrepreneur de déroger au droit de gage général en scindant son patrimoine en deux, voire davantage depuis le 1^{er} janvier 2013 dans l'hypothèse d'une pluralité d'activités professionnelles. La dérogation au droit de gage général est explicitée par l'article L. 526-12 du Code de commerce qui dispose que « *les créanciers (...) dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté ont pour seul gage général le patrimoine affecté* », tandis que « *les autres créanciers (...) ont pour seul gage général le patrimoine non affecté* ». La création du patrimoine affecté se fait par inscription d'une déclaration d'affectation sur le registre concerné par l'activité, à défaut sur un registre spécial des EIRL. L'actif affecté comporte obligatoirement les biens nécessaires à l'exercice de l'activité² et facultativement les biens qui lui sont utiles. Enfin, le régime fiscal et social est calqué sur celui de la SARL, l'EIRL pouvant être soumise à l'IR comme à l'IS.

1120. Les tentatives en la matière ne datent pas d'aujourd'hui. Un groupe de travail avait été constitué sous la présidence de Claude Champaud pour étudier la possibilité d'introduire en droit français un statut d'entreprise individuelle à responsabilité limitée³. Plus anciennement, Léon Retail prônait déjà en 1927 l'érection du fonds de commerce en véritable universalité de droit au moyen

¹ Loi du 15 juin 2010 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, articles L. 526-6 et suivants du Code de commerce, dispositions prenant place dans les garanties et la protection du patrimoine de l'entrepreneur.

² Art. R. 526-3-1 du Code de commerce : « *les biens, droits, obligations et sûretés nécessaires à l'exercice de l'activité professionnelle s'entendent de ceux qui, par nature, ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité* ».

³ C. CHAMPAUD, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD com.* 1979, p. 579.

d'une « *théorie comptable de la fiction* »¹. L'auteur avançait que la technique comptable avait de l'avance sur le droit et qu'elle finirait par s'imposer à lui. Force est de constater que l'EIRL laisse un peu ce sentiment d'avoir été pensée et conçue de la sorte, par la consécration juridique d'une personnification comptable.

1121. L'abandon du principe d'unité du patrimoine nous écarte de la théorie d'Aubry et Rau à laquelle le système de droit français avait jusqu'à présent adhéré. Derrière l'abandon de l'unité, c'est le rejet d'une identification du concept de patrimoine à celui de personne et la consécration véritable du concept de patrimoine d'affectation qui se cachent. Céline Kuhn estime au contraire qu'il n'y a pas contradiction avec la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau, mais aménagement de cette dernière² par une exception qu'avait prévue Zacharie, mais qui n'a pas été reprise par les auteurs strasbourgeois. Malgré tout, il nous semble que l'identité entre le patrimoine et la personne constitue le pilier central de la thèse d'Aubry et Rau. Or, avec l'EIRL, le créancier n'est plus créancier de la personne, il ne l'est plus que d'un aspect de la personne, avec toutes les difficultés de détermination du patrimoine concerné par la dette que cela implique et qui n'existaient pas dans la théorie d'Aubry et Rau³. Quoi qu'il en soit, cette mise à l'écart du principe d'unité du patrimoine et cette consécration légale de scission de son patrimoine par décision unilatérale du débiteur soulèvent beaucoup de questions et prêtent le flanc à nombre de critiques.

1122. La critique primordiale réside dans **l'atteinte faite au crédit**⁴. Il sera difficile à l'entrepreneur de trouver les fonds nécessaires pour développer son activité du fait du cantonnement du gage de ses créanciers. L'atteinte est plus forte encore qu'en matière de sociétés où les dirigeants se portent systématiquement caution personnelle et solidaire, car, le patrimoine affecté n'étant pas une personne et la personne de l'entrepreneur étant unique malgré la multiplicité de ses patrimoines, il ne saurait se porter caution personnelle de son patrimoine professionnel⁵. Et une telle garantie du patrimoine personnel par le patrimoine professionnel n'est pas non plus possible par le détour d'une renonciation

¹ L. RETAIL, « La notion juridique de Patrimoine et la notion comptable de bilan », *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, août-septembre 1927, spéc. p. 6 et 15.

² C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. 2003, spéc. n°333 s., 633 s. Dans la mesure où la fiducie adoptée prévoit à l'article 2025 du Code civil un recours contre la patrimoine du constituant pour les créanciers fiduciaires, il nous semble que la thèse de Céline KUHN éclaire davantage l'EIRL que la fiducie, spécialement pour les développements dont il est question ici, d'un aménagement de la théorie d'Aubry et Rau. C'est paradoxalement par cette technique d'aménagement du gage général qui permet à la théorie du patrimoine d'affectation de s'imposer en avatar de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau pour en venir réussir à lui porter atteinte de l'intérieur suivant la stratégie du cheval de Troie. Inébranlable au fil du temps par les attaques extérieures c'est de l'intérieur que la théorie d'AUBRY et RAU finit par être ébranlée par celle du patrimoine d'affectation. Pour l'auteur, le patrimoine n'est plus la personne, c'est un bien caractérisé par une corrélation entre l'actif et le passif et l'auteur analyse le droit de gage comme un droit réel accessoire. L'aménagement se manifeste dans les textes par une division du gage commun des créanciers dont dispose l'article 2285 du code civil. L'article L. 526-12 du Code de commerce y déroge expressément par sa scission.

³ Il ne sera sans doute pas toujours évident d'opérer le rattachement des dettes au patrimoine affecté. Sans doute le patrimoine général aura-t-il vocation à absorber toutes celles pour lesquelles leur liaison avec un patrimoine affecté n'est pas démontrée. B. Dondero, L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, à propos de la loi du 15 juin 2010, *JCP G* 21 juin 2010, p. 1274, 1277, l'auteur soulève le problème et évoque un critère de connexité pour le résoudre.

⁴ M. GRIMALDI et B. REYNIS, « Brèves réflexions d'avant-congrès sur le patrimoine professionnel », *Def.* 1987, n°33947, n°4 où l'auteur remarquait déjà que, quelle que soit la technique utilisée, la scission du patrimoine professionnel implique forcément deux inconvénients, une perte de crédit et une limitation des pouvoirs.

⁵ La question est controversée, mais la majorité des auteurs sont en ce sens. Nous ne pouvons qu'adhérer à cette position cohérente. D. MARTIN, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », in *EIRL dir. F. TERRÉ*, LexisNexis, Droit 360°, 2011, spéc. n°73. M. DOUAOU-CHAMSEDDINE, op. cit., *JCP E* 10 févr. 2010, n°1116. B. DONDERO, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, à propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP G* 21 juin 2010, p. 1274, 1277.

ciblée de l'affectation au profit d'un seul créancier, la loi ne prévoyant qu'une renonciation générale¹, contrairement au mécanisme abordé précédemment de la déclaration d'insaisissabilité². Une sûreté réelle sur les biens du patrimoine personnel pourrait être envisagée. Mais il est remarqué que cela pourrait être considéré comme une atteinte à l'autonomie des patrimoines et provoquer leur réunion³. C'est qu'au final le droit des sûretés doit lui aussi être adapté à l'EIRL. Finalement, tout recours au patrimoine personnel comme garantie s'avère incertain, tant sur l'efficacité que sur ses effets secondaires. C'est donc vers l'extérieur que l'entrepreneur devra se tourner pour garantir et donc obtenir ses financements. Dimitri Houticieff observe d'ailleurs que, pour cette raison, les pouvoirs publics font leur possible pour faciliter le recours des EIRL aux cautions solidaires fournies par OSÉO⁴ ou la société interprofessionnelle artisanale de garantie d'investissements (SIAGI)⁵.

1123. C'est ensuite de façon plus générale l'**insécurité juridique** entourant l'institution qui est reprochée à l'EIRL⁶. Il est dès lors possible de se demander si l'instauration de cette nouveauté valait les perturbations du système juridique qu'elle engendre et si l'institution rencontrera le succès escompté tant l'insécurité juridique règne en la matière⁷. Les critiques virulentes de certains auteurs tendraient à répondre par la négative. Philippe Pétel considère ainsi qu'il « *s'agit d'une petite escroquerie intellectuelle dont notre droit, déjà si complexe et si mouvant, aurait pu faire l'économie* » et qui échappe « *désormais aux apprentis sorciers qui l'ont conçue* »⁸. L'auteur observe que la protection de l'EIRL est parfaitement illusoire en cas d'ouverture d'une procédure collective⁹

¹ La renonciation pure et simple à l'affectation en matière d'EIRL est édictée par l'art. L. 526-15 du Code de commerce. De cet avis, Didier MARTIN, op. cit., in *EIRL*, LexisNexis, Droit 360°, 2011, n°72 et l'auteur remarque qu'en admettant qu'elle soit possible, la clause de renonciation ciblée deviendrait une clause de style et viderait l'EIRL de sa substance, de son intérêt. Pour une opinion identique, D. HOUTCIEFF, « EIRL », *Rép. Dalloz*, janf. 2012, n°38. Mais pour une opinion qui semble en sens contraire, R. MORTIER, « EIRL recherche cobayes », *Dr. sociétés*, août 2010 n°8, mais l'auteur n'est pas limpide, la renonciation individualisée est sous-entendue. Pour une opinion atypique, B. MALLET-BRICOUT, « L'affectation du patrimoine : fonctionnement et cessation », in *EIRL dir. F. TERRE*, LexisNexis, Droit 360°, 2011, n°101, qui envisage une extension conventionnelle du gage des créanciers professionnels et s'interroge sur l'opposabilité d'un tel acte. Un tel acte est à exclure pensons-nous car il heurte l'essence même de l'institution.

² Art. L. 526-3 al. 4 du Code de commerce. Le texte original issu de la loi du 1^{er} août 2003 n'aménageait pas la possibilité d'une telle détermination, d'une telle précision, dans la renonciation. Les auteurs en déduisaient d'ailleurs que la renonciation ne pouvait être que générale (Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial*, Litec, 7^e éd. 2008 n°430), ce qui semblait normal eu égard au caractère dérogatoire du droit commun du système dans son ensemble de la déclaration d'insaisissabilité appelant à une interprétation restrictive. Ce n'est qu'après modification par la loi du 5 août 2008 qu'il est précisé que la renonciation peut se faire sur un ou plusieurs biens précis au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers précis. D'autres auteurs font remarquer que cette possibilité de renonciation ciblée est à double tranchant, qu'elle donne la possibilité à un créancier puissant d'exiger de son débiteur qu'il effectue une déclaration d'insaisissabilité avec renonciation à son seul profit (D. LEGAIS, *Droit commercial des affaires*, 18^e éd., 2009, n°291).

³ *Dr. et patrimoine* 2010, Dossier « Le patrimoine professionnel d'affectation », n° 191, 04-2010, p. 2 sur 3, II, Les sûretés.

⁴ Devenu Bpifrance depuis le 12 juillet 2013.

⁵ D. HOUTCIEFF, « EIRL », *Rép. Dalloz*, janv. 2012, n°33. L'auteur mentionne également la signature le 31 mai 2011 d'une charte pour améliorer l'accès au crédit des EIRL (*Rev. sociétés* 2011, 391).

⁶ Parmi les problèmes soulevés, Didier MARTIN en soulève deux remarquables. En premier lieu, concernant l'information des tiers avec lequel l'entrepreneur contracte pour son activité professionnelle, s'il est fait obligation à l'entrepreneur de mentionner son statut d'EIRL sur tous ses actes, aucune sanction n'est prévue par les textes en cas de contravention. Il nous semble que, par analogie avec la théorie de l'apparence, l'existence du patrimoine affecté ne sera pas opposable au créancier ayant reçu des documents propres à l'induire en erreur, à tout le moins à lui cacher l'existence d'une EIRL. En second lieu, Didier MARTIN relève aussi que la démultiplication des EIRL risque de générer des conflits entre les créanciers des divers patrimoines quant à l'affectation des biens. (D. MARTIN, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », in *EIRL dir. F. TERRE*, LexisNexis, Droit 360°, 2011, n°68 et 69).

⁷ B. DONDERO, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, à propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP G* 21 juin 2010, p. 1274, 1277.

⁸ P. PÉTEL, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 5 févr. 2011, n°1071, spéc. n°1 et 10.

⁹ Dans ce même sens, F. REILLE, *La notion de confusion de patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, Litec, 2006. Plus mitigée Anne-Sophie TEXIER considère que les flux entre patrimoines ne seront pas constitutifs des abus sanctionnés

car les tribunaux seront sans doute très regardants sur les flux entre les patrimoines qui n'auront pas manqué de se produire¹, ce d'autant qu'ils auront tendance à davantage s'accroître en période de difficulté économique et financière. Il eut d'après nous été préférable de simplifier drastiquement les formalités applicables pour les personnes morales et diminuer consécutivement et simultanément leur coût, plutôt que de créer une nouvelle institution. Le résultat eut été sans commune mesure plus satisfaisant sur le plan de l'efficacité du droit.

1124. Nous décelons toutefois **deux avantages à l'EIRL** par rapport à une personne morale. En premier lieu, la plus grande simplicité de l'institution qui implique que l'entrepreneur devrait pouvoir accomplir seul une grande partie, voire toutes les formalités juridiques, comptables et fiscales, tandis que cela est à exclure pour les formalités afférentes aux sociétés. Cela engendre une économie de coût. C'est d'ailleurs cette économie de coût le second avantage. Non seulement les formalités ne sont pas dédoublées, voire démultipliées, pas de publications dans les Journaux d'Annonces légales, pas de publication au BODAC ou au BALO, seules des formalités de publicité auprès du RCS sont à accomplir. Mais en plus, à formalités équivalentes auprès du RCS, celles de l'EIRL² sont moins onéreuses que celles d'une personne morale. Ce sont là de bien maigres avantages au regard des inconvénients et des incertitudes soulevées par la doctrine.

1125. Enfin, il faut reconnaître que l'EIRL fut mieux pensée que la déclaration d'insaisissabilité puisqu'il a été pris soin d'adapter le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement à cette nouvelle figure du paysage juridique³. Malika Douaou-Chamseddine remarque toutefois le caractère inachevé de ces réformes⁴. Au surplus, il n'est pas certain que ces seules réformes suffisent pour acclimater le système de droit privé à l'institution. D'autres branches du droit devront sans doute être adaptées. Anne-Marie Leroyer et Jean-François Pillebout l'observent déjà pour ce qui concerne les régimes matrimoniaux⁵.

Nous distinguerons les plans statique et dynamique. Sur un plan statique et comme pour les précédents patrimoines d'affectation, l'acception économique de la créance permet de déterminer la mesure de l'accès au gage du patrimoine affecté, mais elle permet aussi d'appréhender les rapports

par l'art. L. 526-12 du Code de commerce (A.-S. TEXIER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, dir. P. ROUSSEL GALLE, spéc. n°7). Cependant, ces abus seront la matérialisation d'une confusion des patrimoines sanctionnée par leur réunion sur le fondement de l'art. L. 621-2 al. 3 du même Code.

¹ La réunion en tant que sanction des patrimoines de l'entrepreneur peut provenir du droit de l'EIRL ou du droit des entreprises en difficulté. L'article L. 526-12 du Code de commerce pour premier dispose qu'il y a réunion des patrimoines en cas de fraude ou de manquement aux règles prévues pour la déclaration d'affectation ou pour la tenue de la comptabilité et l'ouverture d'un compte bancaire autonome à l'EIRL. L'article L. 621-2 al. 3 du Code de commerce, outre la reprise de l'article L. 526-12 précité, dispose que « *un ou plusieurs autres patrimoines du débiteur entrepreneur individuel à responsabilité limitée peuvent être réunis au patrimoine visé par la procédure, en cas de confusion avec celui-ci* ».

² D. n°2011-172 du 11 févr. 2011, JO 13 févr. 2011. Les tarifs vont de 2 à 32 Euros. Nous sommes très loin du coût concernant les personnes morales qui dépasse les 1000 € pour un changement de siège social par exemple.

³ L'ordonnance n°2010-1512 du 9 déc. 2010 adapte à la fois le droit du surendettement (articles L. 333-7 et suivants du Code de la consommation).

⁴ M. DOUAOU-CHAMSEDDINE, « L'adaptation du droit du surendettement à l'EIRL », *JCP E* 10 févr. 2010 n°1116, spéc. n°30.

⁵ A.-M. LEROYER et J.-F. PILLEBOUT, « EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions », in *EIRL dir. F. TERRÉ*, Lexis Nexis Droit 360°, p. 118, n°283.

entre les différents patrimoines de l'entrepreneur (A). Sur un plan plus dynamique, nous focaliserons l'attention sur le début et la fin, la création du patrimoine d'affectation et sa dissolution ou son transfert à une tierce personne (B). Dans ces hypothèses, l'utilisation de l'acception économique de la créance facilite les opérations juridiques entreprises et les changements de situations juridiques subséquents, mais elle doit composer avec la protection constitutionnelle et conventionnelle de la créance en tant que bien, la protection de la créance juridique.

A. La créance économique déterminant le gage du patrimoine affecté

1126. Il est une situation particulière en EIRL que l'on ne retrouve pas en fiducie. En fiducie, le patrimoine d'affectation est isolé chez un tiers, le fiduciaire, qui le gère, mais il demeure relié, comme nous l'avons vu, au constituant qui reste garant du passif fiduciaire conformément à l'article 2025 du Code civil. L'isolement ne se fait pas par un transfert de propriété chez un tiers en matière d'EIRL, il se fait par la scission unilatérale du patrimoine de l'entrepreneur lui-même au moyen d'une déclaration d'affectation publiée au RCS¹. Les biens affectés restent donc sous l'égide de l'entrepreneur, en sa propriété, mais celle-ci, au même titre que son patrimoine, se trouve divisée en deux. L'entrepreneur est à la tête de deux universalités de droit, un patrimoine affecté à son activité économique, et un patrimoine général qui a vocation à absorber le restant des droits et des obligations liées à sa personne. Ce phénomène d'une dualité d'universalités sur la tête d'une même personne implique une utilisation originale de la créance économique par rapport à la fiducie, l'utilisation pour les rapports entre les différents patrimoines de l'entrepreneur, le ou les patrimoines affectés ainsi que son patrimoine général.

Mais nous retrouverons également dans une utilisation plus classique de l'acception économique de la créance, une utilisation analogue à celle qui en est faite en matière de fiducie.

Ainsi, la créance économique servira en matière d'EIRL à identifier les créances ou portions de créances pouvant accéder au gage du patrimoine d'affectation, tout en contribuant à façonner celui-ci sur le plan actif (1), mais cette identification du gage que constitue le patrimoine d'affectation devra se compléter dans le cadre de l'EIRL de la gestion des rapports entre les différents patrimoines, ces rapports influant par extension ou retranchement sur la substance appréhendable par les créanciers du patrimoine affecté (2).

¹ Si l'autonomie du patrimoine professionnel n'existait pas avant l'EIRL, elle existait néanmoins sur le plan fiscal. L'EIRL et son régime d'affectation ont sûrement contribué à une évolution récente en la matière. Auparavant, l'affectation professionnelle des biens constituait au plan fiscal un acte unilatéral discrétionnaire de l'entrepreneur. Celui-ci pouvait inscrire à l'actif de sa comptabilité commerciale un immeuble totalement étranger à celle-ci (CE Plén. 24 mai 1967, req. n°65436, *GA* n°13). Il en résultait l'imposition des revenus dans la cédule correspondant à l'activité professionnelle, par exemple les BIC, l'impossibilité de déduire les charges étrangères à l'activité professionnelles, l'imposition de la plus-value de cession au titre des plus-values professionnelles en cas de licitation ou bien en cas de transfert dans le patrimoine personnel. Tel n'est plus le cas depuis la loi de finance rectificative pour 2010 qui prévoit à son art. 13, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2012, la réintégration et la déduction des produits et des charges étrangers à l'activité professionnelle pour les incorporer ensuite à la cédule concernée (art. 155 III du CGI), par exemple celle des revenus fonciers pour le cas de l'immeuble étranger à l'activité professionnelle mais néanmoins affecté comptablement et fiscalement à cette dernière.

1/ La détermination directe du gage par la créance économique

1127. L'acception économique de la créance ne contribue pas seulement à la détermination du passif du patrimoine affecté (b), elle contribue également au façonnage de son actif (a).

a) L'actif du patrimoine affecté

1128. Prenons l'exemple du transfert en EIRL d'un immeuble loué. La créance de loyers suivra l'immeuble dans le patrimoine affecté. Mais conformément au principe de corrélation des produits et des charges, l'acception économique de la créance née avant l'affectation du bien demeurera à l'actif du patrimoine affecté. Seule la portion de créance juridique non encore économiquement née sera transmise avec l'immeuble.

Les dates d'exigibilité sont ici sans incidence. Prenons l'exemple d'un loyer semestriel avec une affectation de l'immeuble en milieu de période. En cas de paiement à termes à échoir, le patrimoine général aura encaissé sur un des comptes bancaires lui correspondant le prix de toute la période qui recouvrira une portion de période postérieure à l'affectation du bien. Mais au moment de l'affectation, le patrimoine professionnel se retrouvera créancier économique d'une créance à l'égard du patrimoine général correspondant à la portion de loyer encaissée alors qu'elle correspond à une jouissance dorénavant fournie par le patrimoine professionnel. Autrement dit, la portion de loyers encaissée d'avance par le patrimoine général donnera lieu à la comptabilisation d'une dette économique à l'égard du patrimoine d'affectation. Nous aborderons ensuite la question des rapports entre patrimoines et l'essence véritable de cette créance entre les patrimoines de l'entrepreneur, patrimoines qui ne sont pas dotés de la personnalité juridique. Si nous prenons l'exemple d'un loyer à terme échu, l'inverse se produit, le loyer est encaissé pour le tout sur le compte professionnel, mais se trouve ventilé économiquement en comptabilité en un produit de l'activité professionnelle à hauteur de la jouissance fournie depuis l'affectation par le patrimoine affecté et en une dette économique à l'égard du patrimoine général. L'échéance, cette partie conventionnelle de **dette juridique se trouve ainsi ventilée entre les deux patrimoines au moyen de l'acception économique de la créance.**

1129. Nous avons choisi l'exemple d'un immeuble en location pour sa simplicité. Mais il n'est nul besoin du transfert d'un contrat afférent à un bien en cours. Le **même raisonnement** doit être décliné pour **toutes prestations en cours fournies par l'entrepreneur afférentes à l'activité transformée en EIRL.**

Imaginons que l'entrepreneur effectue de la maintenance informatique et avait passé un contrat de prestation de service pour une année avec la mairie de la commune. Si cet entrepreneur décide dorénavant d'exercer sous forme d'EIRL, alors le prix du contrat en cours correspondant aux prestations fournies avant l'affectation restera acquis à son patrimoine général, tandis que le prix de l'exécution postérieure constituera une créance transférée à l'actif de son patrimoine professionnel dorénavant inatteignable par les créanciers de son patrimoine général, mais saisissable exclusivement

par les créanciers de son patrimoine professionnel, mais uniquement à hauteur de l'acception économique de la créance non encore née au jour de l'affectation, portion de créance juridique appartenant dorénavant au seul patrimoine d'affectation.

Ici encore, les dates d'exigibilité n'ont aucune importance. Cela est heureux. Imaginons que le contrat ne serait payé qu'à terme échu, à la fin de l'année de prestation, et que l'EIRL aurait été créée seulement un mois avant l'arrivée de ce terme. Cela signifierait que l'entrepreneur aura puisé dans son patrimoine général durant onze mois les ressources nécessaires à l'accomplissement de la prestation, mais que le produit correspondant ne fera partie que du patrimoine affecté et pour le tout. La solution est inique, non seulement au regard de la cohérence des rapports entre les patrimoines, mais également à l'égard des créanciers. Le gage des créanciers professionnels se trouvant substantiellement grossi au détriment du gage des créanciers du patrimoine général. Le raisonnement s'inverse lorsqu'on imagine un paiement pour le tout en début de contrat.

1130. Toutes les créances de prix inhérentes à des contrats en cours de prestations fournies par l'entrepreneur sont nécessairement transférées au patrimoine affecté par l'utilisation de l'acception économique de la créance.

Mais une certaine subjectivité concerne les produits inhérents aux biens affectés, car tous les biens utilisés par l'entreprise ne sont pas nécessairement transférés dans le patrimoine d'affectation. L'article L. 526-6 al. 2 du Code de commerce opère une distinction selon que les biens sont nécessaires ou simplement utiles à l'activité professionnelle. Les biens nécessaires sont obligatoirement affectés, tandis que l'affectation est facultative pour les biens simplement utiles. L'entrepreneur qui n'affecterait pas un bien nécessaire à l'exercice de son activité commettrait sans doute une faute justifiant la suppression de l'affectation en guise de sanction et la confusion des patrimoines. Concernant les biens simplement utiles, l'affectation dépendra du bon vouloir de l'entrepreneur. Le transfert des fruits produits par ces biens est inhérent à ce choix et par conséquent parfaitement subjectif.

Toutefois, l'objectivité réapparaît à l'aune du principe de corrélation des produits et des charges. Les dettes nées à l'occasion d'un bien utile à l'activité, mais non transférées au patrimoine d'affectation ne seront pas transférées, même à hauteur de l'acception économique de la créance, au passif du patrimoine affecté. Les créanciers titulaires de créances de conservation et de gestion d'un bien simplement utile à l'activité, mais non transféré au patrimoine d'affectation, n'aurait aucun recours sur les biens affectés, ils n'ont pour gage que le patrimoine général de l'entrepreneur. C'est aborder la question du façonnage du passif du patrimoine d'affectation.

b) Le passif du patrimoine affecté

1131. La créance économique et sa fonction de remise en corrélation des produits et des charges postulent que le prix de toute prestation fournie au patrimoine d'affectation doit donner accès au créancier au gage exclusif que représente ledit patrimoine. Les créances économiques inhérentes à

l'existence du patrimoine d'affectation, celles qui ont permis notamment de l'alimenter, doivent recevoir sa substance en gage.

1132. Aucun problème n'apparaît lorsque la créance juridique naît durant l'affectation, car alors l'exécution postérieure s'effectue pleinement et entièrement au profit du patrimoine affecté et donne lieu à naissance économique au fur et à mesure de cette exécution à la charge de celui-ci. L'acception économique de la créance naît au débit du même patrimoine que la créance juridique. L'acception économique de la créance pourra par contre d'après nous servir malgré tout au niveau des rapports entre patrimoines lorsque le bien ou le service correspondant est d'utilisation mixte, qu'il ne sert pas exclusivement au patrimoine affecté, à l'activité professionnelle, mais qu'il se trouve également utile pour l'entrepreneur à titre personnel. Nous aborderons la question des rapports entre patrimoines par la suite.

1133. Par contre, l'acception économique de la créance apparaît clairement lorsque la dette naît juridiquement avant l'affectation des biens, mais économiquement après. Symétriquement à ce que nous avons vu pour la détermination de la substance du gage, nous retrouvons ici la problématique du prix d'une prestation future, éventuellement partiellement exécutée au jour de la constitution de l'EIRL. La dette juridique antérieure née au passif du patrimoine général se trouve ventilée en fonction de la date de naissance de son acception économique. L'acception économique née avant demeure au passif du patrimoine personnel. Cette portion de dette antérieure ne peut accéder au gage spécifique du patrimoine affecté. Le restant de la dette se trouve transféré au passif du patrimoine affecté. Le créancier du prix de cette prestation fournie après au profit du patrimoine affecté pourra ainsi saisir les biens de ce dernier pour se faire payer de cette portion de prix correspondant à une exécution postérieure à l'affectation.

La prestation exécutée par l'entrepreneur peut résulter de toute commande de bien ou de service, tout contrat à exécution instantanée ou successive, à durée déterminée ou indéterminée, pourvu que les biens ou services commandés soient afférents à un bien transféré au patrimoine d'affectation ou à l'exploitation de l'activité économique servant d'élément fédérateur au patrimoine affecté.

1134. Le propos doit cependant être nuancé par une pondération que nous aborderons par la suite, sous l'angle de la protection des créances en tant que bien, qui ne vise que l'acception juridique de la créance. Le transfert de la dette du prix de l'exécution postérieure permet d'accéder au gage du patrimoine d'affectation. Mais la protection de la créance juridique peut impliquer la mise en œuvre de modalités de protection qui conditionne alors l'efficacité de ce transfert, l'opposabilité de l'affectation. En effet, en théorie, si ce créancier peut accéder au patrimoine affecté pour le prix de l'exécution postérieure, il ne devrait plus pouvoir atteindre le patrimoine général. Cela montre une altération de son droit de créance et implique de prendre en compte la protection de la créance en tant que bien. Nous aborderons cette problématique plus loin.

Que ce soit pour la détermination de l'actif ou du passif du patrimoine affecté, les problématiques se dédoublent ou se reproduisent en cas d'affectation ou de désaffectation d'un bien en cours d'existence de l'EIRL.

L'acception économique de la créance sert aussi tout particulièrement en EIRL pour gérer les rapports entre les différents patrimoines de l'entrepreneur, qu'il s'agisse du ou des patrimoines d'affectation entre eux ou avec le patrimoine général ayant vocation à absorber tous les droits et toutes les dettes qui ne sont pas liés à l'exercice d'une activité correspondant à un patrimoine dédié.

2/ La précision indirecte du gage par la créance économique utilisée dans les rapports entre patrimoines

1135. Les rapports entre patrimoines sont incontournables. Des créances seront saisies en comptabilité ayant pour débiteur un autre patrimoine d'affectation de l'entrepreneur. Mais il ne peut s'agir de créances au sens strict, de créances juridiques, car celles-ci nécessitent des personnes juridiques comme protagonistes dans leur structure, dans leur constitution. Or, les patrimoines d'affectation de l'entrepreneur ne sont pas dotés de la personnalité juridique. Ils sont tous réunis sous l'égide d'une seule et même personne, l'entrepreneur. Et une seule personne ne saurait aucunement être son propre débiteur ou son propre créancier.

À cet égard déjà, les rapports entre patrimoines donnent lieu à des créances entre patrimoines qui participent de la nature de la créance économique, qui ne sont que la matérialisation des transferts de valeurs entre patrimoines. En effet, l'acception économique de la créance peut, contrairement à la créance juridique, exister entre des entités qui ne sont pas dotées de la personnalité juridique. Le concept de créance économique se prête donc aux rapports entre les différents patrimoines de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, contrairement au concept orthodoxe d'obligation, la créance juridique.

S'attardant sur l'essence, il est possible de relever un point commun avec les récompenses. Ces transferts entre patrimoines font naître le sentiment d'une nécessité de les compenser par un transfert de valeur en sens inverse, pour des raisons d'équité et d'équilibre. Nous retrouvons ici l'essence de la créance économique qui n'a de la véritable créance que l'idée, mais pas la nature profonde.

1136. Ces transferts entre patrimoines peuvent survenir en diverses occasions. Certains sont prévus par les textes. L'article L. 562-12 du Code de commerce dispose ainsi qu'en cas d'insuffisance du patrimoine personnel les créanciers de ce dernier peuvent atteindre les bénéfices du patrimoine affecté. Dans la même veine, l'article L. 651-2 du même Code précise qu'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée peut être condamné à indemnité pour sa faute de gestion en cas de clôture de liquidation avec insuffisance d'actif et que « *la somme mise à sa charge s'impute sur son patrimoine non affecté* ». Encore, l'article L. 526-10 alinéas 3 et 4 du Code civil traite de l'hypothèse de l'affectation d'un bien à une valeur inférieure à sa valeur réelle pour déclarer l'entrepreneur

« responsable » durant cinq ans « sur la totalité de son patrimoine, affecté et non affecté, à hauteur de la différence » entre les valeurs.

Mais les transferts résulteront le plus souvent des faits. Il peut s'agir de l'utilisation des biens d'un patrimoine par l'autre, ce d'autant que l'affectation des biens utiles à l'activité reste une faculté, si bien que des biens utilisés pour l'activité peuvent relever du patrimoine personnel. Il peut également s'agir du paiement de la dette d'un patrimoine par l'autre, par exemple du paiement d'une dette personnelle au moyen de fonds professionnels ou vice versa.

1137. Certains de ces transferts pourraient constituer une faute entraînant la disparition de l'affectation en guise de sanction, mais ce point reste controversé. La même rigueur qu'en matière de personnalité morale ne devra sans doute pas être requise en la matière. Mais il en faudra cependant davantage que dans le cadre d'une simple entreprise individuelle. Il sera difficile de placer le curseur de la limitation des rapports entre patrimoines au regard de l'autonomie qu'ils sont supposés avoir. Les transferts entre patrimoines seront sans doute permis sans disparition de l'affectation en guise de sanction, mais peut-être que leur caractère par trop récurant pourra emporter une telle sanction. Ce sera donc dans la fréquence et l'ampleur des transferts que devra se placer le curseur. Cela relèvera nécessairement de l'appréciation souveraine des juges du fond.

1138. Il y aura **application exacte du concept de créance économique lorsqu'un patrimoine recevra la prestation commandée et payée par l'autre et vice versa**. Alors, nous retrouverons la fonction de remise des charges en face des produits de la créance économique. Mais cette application pourra également s'avérer utile en cas d'utilisation mixte d'un bien ou d'un service. En effet, un bien ou une dette ne peuvent figurer que dans un seul patrimoine. Mais le bien peut s'avérer utile pour plusieurs patrimoines. De même, une dette aura pu naître à l'occasion de plusieurs patrimoines. C'est le cas des utilisations mixtes de biens, une voiture personnelle utilisée pour l'activité professionnelle générant des dettes, la location d'un local à la fois utilisé pour l'habitation personnelle et pour l'exercice de l'activité professionnelle, sans compter les charges liées à ce lieu telles les factures d'eau, d'électricité... Et dans l'hypothèse où il existe plusieurs patrimoines affectés à des activités professionnelles différentes, les biens et services acquis pourront bénéficier à plusieurs simultanément. La créance juridique ne permet pas de traduire cette simultanéité, car elle ne peut être inscrite à l'actif ou au passif que d'un seul patrimoine. Mais la créance juridique quant à elle peut opérer une ventilation entre les différents patrimoines, ventilation qui se matérialisera dans les différentes comptabilités des différentes activités professionnelles.

1139. Ces transferts de valeurs entre patrimoines devront être comptabilisés dans un **compte spécifique**, sans doute intitulés « compte de l'exploitant », comme en matière d'entreprise individuelle sans patrimoine d'affectation. En cas de compte débiteur, cela signifie que le patrimoine professionnel a alimenté d'une façon ou d'une autre le patrimoine personnel, en argent ou en nature, par paiement de sa dette, par mise à disposition des biens affectés, il en résulte la comptabilisation d'une créance qui n'est pas une créance juridique.

L'appréhension de ces rapports par les tiers constitue un enjeu important, car il ne faudrait pas que l'entrepreneur dépouille ainsi indirectement un patrimoine au bénéfice d'un autre en vue de spolier les créanciers du premier. La nature de ces créances économiques en compte à l'égard des tiers se pose donc.

Nous pensons qu'elle est identique à la nature du recours prévu par les textes au profit des créanciers du patrimoine général sur le dernier **bénéfice** du patrimoine affecté à l'activité professionnelle. La **nature** ne peut s'interpréter que comme **une quote-part abstraite du patrimoine débiteur incluse dans le patrimoine créancier et saisissable par les créanciers de ce dernier**.

Cela signifie que les créanciers du patrimoine titulaire de la créance économique en compte sur l'autre patrimoine pourront saisir les liquidités et les biens de cet autre patrimoine dans la limite du montant de la créance économique en compte. Par exemple, si le transfert de valeur entre patrimoines donne lieu à la comptabilisation d'une créance sur le patrimoine général traduite par un solde débiteur de « compte de l'exploitant », alors les créanciers professionnels pourront saisir les liquidités, voire les biens du patrimoine personnel, à hauteur de cette valeur. Ces créances de valeurs constituent en fait des formes d'incursion abstraite d'un patrimoine sur l'autre. Il n'y a pas droit de créance dans la mesure où la personne est unique. **Il y a appropriation par un patrimoine d'une portion abstraite de l'autre dès lors accessible par les créanciers du premier**.

1140. Il est une autre matière où l'acception économique de la créance entre en compte dans les rapports entre patrimoines, le **privilege de procédure du patrimoine personnel sur le patrimoine professionnel** pour le prix ou la valeur de prestations fournies à ce dernier après l'ouverture d'une procédure collective. André Jacquemont est en ce sens dans son manuel de droit des entreprises en difficulté¹.

Cette opinion est intéressante et nous pensons qu'elle doit être approuvée avec une réserve cependant. Elle doit être approuvée malgré le fait que nous refusions au patrimoine affecté la qualité de personne, malgré le fait que l'unité de personne empêche qu'un patrimoine contracte avec l'autre, qu'un patrimoine se porte caution pour l'autre. En effet, qu'il s'agisse de contrats ou de créances au sens propre du terme, de créances juridiques, il faut deux protagonistes au moins, deux contractants, deux personnes juridiquement liées, un créancier et un débiteur pour le droit d'obligation. Or, la créance économique n'est pas la créance au sens classique, au sens strict du terme, elle ne nécessite pas deux individus ayant la personnalité juridique, un créancier et un débiteur proprement dit. Représentant la nécessité d'un transfert de valeur, elle peut s'appliquer à des entités économiques autonomes dès lors que cette autonomie est juridiquement reconnue. Le droit des procédures collectives et plus spécialement le privilege de procédure, constituant le cœur, le berceau de l'acception économique de la créance sous forme de thèse matérialiste de sa date de naissance, il n'apparaît pas impossible que le patrimoine personnel bénéficie du privilege de procédure sur le professionnel, puisqu'il peut bénéficier d'une créance économique sur ce dernier.

¹ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficultés*, n°424, l'auteur ajoute toutefois qu'il faille que soient prouvée la réalité de la créance et son lien nécessaire avec la procédure, précisons qu'il s'agit de créance économique et non pas de créance juridique, de créance stricto sensu puisque, démunis de la personnalité juridique, les patrimoines autonomes ne peuvent être créanciers l'un de l'autre au sens strict, au sens de l'existence d'une créance juridique entre eux.

La réserve est simple, elle tient au fait que le législateur n'a sans doute pas pensé à cet aspect des choses et qu'il pourrait dans l'avenir légiférer sur ce point précis, en particulier eu égard au régime des contrats en cours intimement lié au privilège de procédure. En effet, lors de la mise à disposition d'un bien au patrimoine professionnel par le patrimoine personnel, il ne saurait exister aucun contrat de mise à disposition. Il s'ensuit logiquement que, d'après nous, l'administrateur, ou le liquidateur judiciaire, paradoxalement, ne pourra en l'état du droit positif pas exiger de l'entrepreneur individuel qu'il laisse à la disposition de son activité professionnelle des biens qui seraient pourtant fort utiles à cette dernière, à son redressement, sans pour autant être indispensables à l'exercice de l'activité elle-même. Si le législateur a prévu le cas des contrats de mise à disposition en matière de fiducie et en a aménagé le régime en fonction de la nature et de la finalité de l'institution, il n'a sans doute visiblement pas vu le cas de l'absence juridique, mais d'une nécessité économique néanmoins potentiellement présente du même type de rapport entre les patrimoines autonomes de l'entrepreneur individuel. Nous ne pouvons que constater ici à l'instar de la doctrine¹ le caractère incomplet de la réforme du droit des entreprises en difficulté, de son adaptation à l'EIRL, des précisions législatives sont à prévoir.

Très utile pour gérer les rapports entre les différents patrimoines et préciser ainsi indirectement le gage des créanciers de chacun, l'acception économique de la créance sert également dans les changements de structures patrimoniales. Nous l'avons déjà abordé à l'occasion de la constitution de l'EIRL. Mais il est également possible de l'aborder à l'occasion de sa dissolution ou de son transfert.

B. La créance économique applicable lors d'un changement de structure patrimoniale

1141. Trois types de changements impliquent des mesures de protection de la créance en tant que bien, de la créance juridique. Ces mesures viennent se conjuguer avec l'application de l'acception économique de la créance. Nous avons déjà rencontré l'application de l'acception économique de la créance lors de la constitution de l'EIRL. Mais nous n'avons pas abordé la mesure de protection de la créance juridique prévue par les textes, un droit d'opposition avec notification personnelle. Il nous faut également aborder les changements qui peuvent survenir à la fin de l'EIRL du point de vue de la personne l'ayant constitué, le transfert du patrimoine affecté par cession ou donation ou bien sa dissolution par renonciation, apport en société ou encore en guise de sanction.

Que ce soit la constitution ou le transfert, la protection de la créance en tant que bien prend la forme d'un droit d'opposition au profit du créancier. Pour la dissolution, la protection prend la forme d'une préservation du gage analogue au privilège de séparation des patrimoines dont bénéficient les créanciers successoraux au décès de leur débiteur.

¹ P. PÉTEL, L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL, *JCP E* 5 févr. 2011, n°1071, commentant l'ordonnance du 15 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté à l'EIRL, l'auteur remarque les nombreux écueils et les nombreuses questions laissées sans réponse, parmi lesquelles ce problème spécifique des biens mis à disposition du patrimoine affecté par un autre patrimoine. Remarquons qu'il peut s'agir du patrimoine personnel, mais qu'il peut aussi s'agir d'un autre patrimoine professionnel. Le cas n'est pas d'école d'après nous car, en cas de pluralité d'activité, un bien ne pouvant appartenir qu'à un seul patrimoine, il est fort à penser que certains biens feront partie d'un patrimoine mais seront utilisés également par d'autres pour les besoins d'autres activités ou encore pour les besoins du patrimoine personnel, cas d'utilisation mixte.

Dans les deux hypothèses, nous proposons que l'acceptation économique de la créance vienne pondérer la mesure de protection prévue pour les créances juridiques nées avant le changement déclencheur des mécanismes de protection.

En effet, en principe, la protection des créances en tant que bien ne concerne que l'acceptation juridique de la créance, si bien qu'elle devrait toucher également le prix d'une exécution future, c'est-à-dire les créances juridiques nées, mais qui ne sont pas encore consolidées économiquement, qui n'ont pas encore acquis économiquement. Cependant, le créancier du prix d'une prestation qui n'a pas encore été fournie prend moins de risque que le créancier d'une prestation fournie. Si la garantie de son paiement futur lui semble compromise, il peut toujours sur le plan des faits exiger un paiement d'avance. Sur le plan du droit, s'il a de bonnes raisons de croire qu'il ne sera pas payé au motif que le changement de structure patrimoniale lui retirerait les garanties, au sens large, qu'il avait au moment de la signature du contrat, il peut invoquer l'article 1188 du Code civil pour exiger au plan légal un paiement anticiper par le biais d'une déchéance du terme. Enfin, en tout dernier ressort, il peut toujours refuser de poursuivre le contrat, ce qui entraînera la résolution de celui-ci, la réfaction des obligations principales qui en sont issues, mais risque certes d'entraîner sa condamnation à réparer le préjudice subi par son cocontractant, en admettant qu'aucune clause pénale trop dissuasive n'ait été convenue, encore que, dans l'hypothèse d'une clause pénale, le juge pourra la réduire en considération du refus de la part du client de fournir un paiement d'avance ou des garanties suffisantes, refus qui rend vraisemblable les crainte du fournisseur de ne pas être payer au final des prestations qu'il aurait dû fournir et qui légitime ainsi son refus d'exécution.

Le créancier du prix d'une exécution postérieure n'est donc pas aussi menacé que le créancier du prix d'une exécution accomplie, car il dispose d'une arme factuelle pour se protéger, l'inexécution de sa propre obligation. Cela ne signifie pas pour autant que sa créance n'existe pas et qu'elle ne justifie pas une certaine protection. Mais la protection doit être à la mesure de ce qui est envisageable et raisonnable en pratique de prévoir. Il s'agit donc de trouver un juste équilibre entre la protection de la créance juridique non encore consolidée économiquement et l'efficacité de l'opération sur universalité de droit.

À cet effet, nous proposerons d'utiliser l'acceptation économique de la créance pour limiter l'exigence d'une notification personnelle à la création de l'EIRL, tout en maintenant la protection du droit d'opposition, que ce soit à la création ou au transfert de l'EIRL (1). Et nous proposerons, de façon analogue à la solution exposée en droit des successions, de limiter la préservation du gage par l'acceptation économique de la créance également (2).

1/ La créance économique dans la limitation du bénéfice du droit d'opposition au transfert du patrimoine

1142. Certes, la protection de la créance juridique doit jouer, y compris pour prix d'une exécution postérieure qui correspondra à une créance d'ores et déjà née en tant que bien et devant à ce titre bénéficier de la protection des créances. Cependant, comme il a été observé, le créancier en question

bénéficie déjà d'une protection puissante d'ordre factuel, ne pas exécuter sa prestation s'il considère que le changement de structure patrimoniale met en péril la garantie de son paiement futur. Certes, cette inexécution se fait à ses risques et périls et il pourrait être condamné à s'exécuter sous astreinte ou encore à des dommages et intérêt pour l'éventuelle résolution subséquente du contrat. Mais les arguments qui font penser à ce créancier qu'il ne sera pas payé joueront nécessairement en sa faveur et dans le sens d'une limitation des éventuelles sanctions, surtout si un paiement d'avance ou des garanties suffisantes lui ont été refusées par son client au plan consensuel.

En outre, il est possible de relever dans le sens d'une pondération des mesures de protection par l'application de l'acception économique de la créance que l'institution de l'EIRL n'est pas prompte à la protection des créanciers professionnels, elle serait plutôt propice à leur sacrifice comme l'ont remarqué certains auteurs¹. Génétiquement, son existence n'est commandée que par le souci de protection, certes peut-être apparent ou quelque peu fictif, du patrimoine personnel de l'entrepreneur. L'existence d'une porosité légale à sens unique en constitue une manifestation². Les créanciers personnels disposent d'un recours sur le patrimoine professionnel pour les bénéfices générés par celui-ci, mais que les créanciers professionnels ne disposent quant à eux d'aucun recours sur les revenus générés par le patrimoine personnel que ce soit les revenus du travail ou ceux du capital.

1143. L'EIRL et la fiducie ont pour effet de généraliser des opérations sur universalités de droit³. Ces opérations ont un impact pour les créanciers, car elles modifient leur gage, sa structure, voire son titulaire. Le titulaire du patrimoine est important, car c'est en lui que réside toute la potentialité future de la notion de patrimoine. En effet, les dettes ne sont pas garanties que par les biens présents ou acquis par le passé, elles sont également garanties par les biens futurs qui tomberont plus tard dans le patrimoine de leur débiteur. Or, le potentiel futur est essentiellement humain, il est intimement lié à la personne. Pour cette raison, briser l'identité du patrimoine à la personne qui en est le titulaire opère un changement de paradigme profond qui omet peut-être certains aspects de la théorie d'Aubry et Rau. Au lieu de déplacer le contenu, la dette, et de procéder à son transfert dans une autre enveloppe, les opérations sur universalités jouent avec les contenants, l'enveloppe contenant les biens et les dettes, pour les déplacer ou les modifier structurellement. Mais ces changements ont toujours un impact indirect puissant sur les créanciers du patrimoine structurellement modifié sans qu'ils n'aient dans tous les cas pas leur mot à dire, sans que leur consentement ne soit requis, car le changement ne touche pas uniquement leur droit, mais tout un ensemble le comprenant. Par exemple,

¹ D. MARTIN, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », in *EIRL dir. F. TERRÉ*, LexisNexis, Droit 360°, 2011, n°72, l'auteur sous-entend que les créanciers se trouvent peu protégés face à des stratégies opportunistes de transferts des biens d'un patrimoine à l'autre. Dans le même sens, Philippe PETEL remarque que l'entrepreneur peut effectuer une désaffectation à titre gratuit en cours d'existence de l'EIRL et que la seule sécurité des tiers réside dans la fraude paulienne reprise à l'art. L. 526-12 du Code de commerce (P. PÉTEL, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 5 févr. 2011, n°1071).

² B. MALLET-BRICOUT, « L'affectation d'un patrimoine, fonctionnement et cessation », in *EIRL dir. F. TERRÉ*, Litec, p. 41, spéc. n°95.

³ Initialement, il n'y avait qu'une seule universalité de droit, la personne physique et seul son décès pouvait donner lieu à une transmission universelle de son patrimoine, mais ce décès était par nature en principe involontaire, le créancier n'avait pas dès lors pas d'option face à ce changement et le droit s'assurait tout de même de sa protection à travers le privilège de séparation des patrimoines. Avec la loi de 1966, le possible transfert de l'universalité de droit que constitue le patrimoine au sens D'AUBRY et RAU s'étend aux personnes morales pour les opérations de fusion, scission, apport partiel d'actif (Paul et Philippe DIDIER, *Sociétés commerciales*, traité Economica, n°1458, art. L. 236-14 du Code de commerce).

dans l'apport partiel d'actif, la portion d'universalité que constitue la branche d'activité¹ se trouve transmise avec toutes les dettes liées à cette activité, ce de plein droit, même si les dettes ne sont pas stipulées au traité d'apport².

1144. Pour cette raison des **mesures de protection** sont systématiquement prévues. La **mesure de protection** qui semble **dédiée** aux modifications de la structure du patrimoine semble être le **droit d'opposition**. C'est le droit d'opposition qui protège les créanciers d'une société faisant l'objet d'une fusion, scission ou d'un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions³. C'est encore le droit d'opposition qui protège les intérêts des créanciers lors de la transmission universelle du patrimoine de l'EURL à un associé unique personne morale⁴.

C'est dès lors sans surprise que l'on retrouvera le droit d'opposition pour protéger les créances lors des opérations sur EURL, que ce soit au moment de l'affectation si l'entrepreneur entend transférer au patrimoine affecté des dettes juridiques d'ores et déjà nées, ou encore lors d'une cession, d'une donation ou d'un apport en société du patrimoine d'affectation⁵. Il s'agit en effet à chaque fois d'opérations sur universalités de droit.

Nous pouvons d'ailleurs observer qu'en égard à la généralisation de ces opérations, il serait souhaitable de généraliser le droit d'opposition en tant que mesure générale de protection d'un droit de créance lors d'une modification structurale du patrimoine de son débiteur. Cela permettrait de combler les lacunes laissées par inadvertance dans les textes que n'a pas manqué de soulever la doctrine, tant en droit des sociétés⁶ qu'en matière d'EURL⁷. La thèse de Laurence Boutitie sur

¹ Directive 90/434/CEE 23 juill. 1990 art. 2 c) i) Selon cette directive, une « branche d'activité » s'entend de « l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens ».

² Com. 12 févr. 2013, n°11-23895, inédit, cassation notamment au visa de l'article L. 236-20 du Code de commerce. Com. 4 févr. 2004, n°00-13501, le bénéficiaire a dès lors qualité pour déclarer la créance à l'ouverture du débiteur puisqu'elle lui avait été transmise malgré son absence de mention au traité de fusion relevée par les juges du fond pour dénier toute qualité pour déclarer au bénéficiaire de l'apport partiel d'actif. Com. 5 mars 1991, n°88-19629, P, concernant la transmission de plein droit d'une indemnité de construction résultant de la mise en œuvre d'une garantie décennale, indemnité n'ayant pas été mentionnée au traité d'apport pour la simple raison que son existence était inconnue au jour du transfert de la branche d'activité. Civ. 2, 19 févr. 2009, n°05-22044, inédit, idem pour un cas de responsabilité contractuelle du fait de la présence de matériaux non inerte dans des remblais, mais la solidarité des sociétés apporteuse et bénéficiaire n'avait ici pas été écartée. Com. 12 déc. 2006, n°05-15619, P, idem pour le prix de marchandises livrées avant l'apport, condamnation de la société bénéficiaire à qui la dette avait été transmise avec l'universalité de droit.

³ Art. L. 236-14 du Code de commerce pour la fusion, art. L. 236-20 et L. 236-21 pour la scission, art. L. 236-23 concernant les SARL. Pour la scission et l'apport partiel d'actif les textes prévoient la solidarité des entités, mais celle-ci peut être écartée par le projet de fusion auquel cas c'est le droit d'opposition qui s'applique, or Antoine BONNASSE explique qu'en pratique l'exclusion de la solidarité est presque toujours stipulée, ce qui signifie que c'est l'opposition qui s'applique de façon presque systématique (JCL fasc 162-10 Fusions, 2004).

⁴ Art. 1844-5 al. 3 du Code civil.

⁵ É. DUBUISSON et M. GERMAIN, « L'affectation d'un patrimoine, transmission », in *EURL dir. F. TERRÉ*, Litec, p. 41 spéc. n°93, soulevant à cet égard l'originalité de l'EURL.

⁶ Paul et Philippe DIDIER relèvent deux situations où un droit d'opposition serait prospectivement souhaitable, ce qui n'est possible, qu'avec un texte, à moins de n'y voir une prérogative générale du créancier lui permettant de protéger son droit de créance. D'abord les auteurs déplorent qu'en matière de fusion le droit d'opposition ne soit octroyé qu'aux créanciers de la société absorbée, il y aurait lieu de l'admettre également au profit des associés de la société absorbante. Ensuite en matière de fin de vie de la personne morale, la jurisprudence qui maintient la personnalité juridique aussi longtemps que subsistent des droits et des obligations sociales n'est d'après eux pas très satisfaisante, et il conviendrait, pour cette fin de patrimoine pouvant être assimilé à une opération structurale sur patrimoine, de prévoir un droit d'opposition dont le délai courrait à compter de la publication de la clôture des opérations de liquidation, délai au-delà duquel plus aucune action contre la société ne sera possible (P. et P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, Economica, n°556 et 1459). Mais en ce second domaine, la diminution du délai de prescription à cinq ans pourrait être jugée comme suffisante et comme constituant une fin suffisamment proche des dettes sociales.

⁷ B. DONDERO, « L'EURL, ou l'entrepreneur fractionné, à propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP G* 21 juin 2010, p. 1274, 1277. Dans le même sens, B. MALLET-BRICOUT, article op. cit., n°98. Les auteurs soulèvent le problème de l'absence de dispositions protectrices lors d'une affectation ou d'une désaffectation postérieure à la création. En effet, si le droit d'opposition

l'opposition en droit privé pourrait permettre d'aller dans ce sens, car l'auteur y démontre l'unité de la notion¹. Et les conclusions du colloque organisé par Martine Behar-Touchais sur l'admission potentielle d'un droit d'opposition comme prérogative générale du créancier ne seraient pas incompatibles avec une telle généralisation pour ce cas précis².

1145. Il apparaît donc normal qu'un droit d'opposition soit prévu par les textes pour protéger les créanciers, tant au moment de la constitution de l'EIRL qu'à celui de son transfert. En effet, la scission de son patrimoine par l'entrepreneur individuel constituant une EIRL opère simultanément une diminution du gage des créanciers qui se trouvent ventilés dans l'un ou l'autre des patrimoines et ne reçoivent plus comme gage qu'une partie seulement des biens de la personne, la partie des biens qui garantissent les dettes du patrimoine dans lesquelles elles sont tombées. La constitution de l'EIRL porte donc atteinte à la substance de la créance.

C'est la raison pour laquelle elle n'est opposable de plein droit d'aux créanciers postérieurs, les créanciers antérieurs conservant pour gage l'intégralité des biens de l'entrepreneur. La loi prévoit cependant la possibilité d'opposer la constitution de l'EIRL à certains créanciers antérieurs³. Outre

est aménagé pour la constitution ou la disparition, rien ne semble avoir été prévu pour protéger les modifications du gage des créanciers en cours de vie du patrimoine affecté. Voir également pour des cas plus complexes E. DUBUISSON et M. GERMAIN, article op. cit., n°93 et 160. Les auteurs envisagent deux hypothèses pour lesquelles ils suggèrent la reconnaissance jurisprudentielle d'un droit d'opposition. En premier lieu, au transfert entre vifs du patrimoine affecté, il se peut que des dettes de ce dernier soient stipulées incessibles, auquel cas elles ne suivent pas l'universalité et se demeurent sur la tête de l'entrepreneur cédant, mais tombent alors dans son patrimoine personnel puisqu'il ne reste plus que celui-ci. Dans ce cas, les créanciers de ce patrimoine personnel se retrouvent lésés par le transfuge de ce passif professionnel qui ne les concernait pas auparavant. Alors les auteurs estiment que les créanciers personnels devraient pouvoir faire opposition au transfert du patrimoine professionnel. En second lieu, les auteurs envisagent le transfert du patrimoine affecté à un autre entrepreneur exerçant déjà sous forme d'EIRL et ayant déjà son propre patrimoine affecté. C'est le cas de fusion des patrimoines affectés que les auteurs envisagent. Celui-ci peut survenir dans deux hypothèses, soit antérieurement au 1^{er} janvier 2013 où l'entrepreneur ne pouvait avoir qu'un seul patrimoine affecté professionnel, soit depuis lors en cas d'identité des activités correspondant aux deux patrimoines professionnels. Dans ces cas les auteurs estiment que les créanciers du patrimoine affecté absorbant devraient se voir attribuer un droit d'opposition. Par contre, il pourrait sembler étranger que les créanciers originels auxquels la constitution de l'EIRL était inopposable n'aient pas de droit d'opposition en cas de transfert du patrimoine affecté à titre onéreux comme en dispose l'article L. 526-17 du Code de commerce. Ils n'ont de droit d'opposition qu'en cas de donation de celui-ci. Mais cela n'est pas choquant car ces créanciers voient cette valeur constitutive de leur gage remplacée par le prix de vente du patrimoine affecté ou bien par les parts sociales émises en échange de son apport en société. Dès lors, la valeur globale de son gage n'est en principe pas diminuée, un ensemble de droits et d'obligations se voit simplement substitué à des liquidités ou des parts sociales. En cela, ce créancier subit simplement le fonctionnement ordinaire du patrimoine par la subrogation réelle des éléments qui le composent et qui sont l'objet de son droit de gage.

¹ L. BOUTITIE, *L'opposition en droit privé*, th. 2004, spéc. n°623 et 629. Voir également n°216 et 217 où l'auteur étudie un régime général et estime que le droit d'opposition ne doit pas être cantonné aux seules créances certaines, liquides et exigibles, mais doit concerner toute créance née.

² M. BEHAR-TOUCHAIS, *LPA* 4 avril 2007, n° 68, p. 45, synthèse. En conclusion du colloque, Martine BEHAR-TOUCHAIS estimait que le cas d'ouverture de la violation irréversible d'un droit pouvait être envisagé (essentiellement des domaines du droit à l'image, à la vie privée, à l'intégrité physique), mais l'auteur estimait que le droit d'ouverture reposant sur l'affectation substantielle du droit de gage général était trop flou pour être généralisé. Effectivement, mais ce flou disparaît si l'on précise encore de quel type d'atteinte au droit de gage général il s'agit, d'une modification de la structure conceptuelle patrimoniale du débiteur par une opération sur universalité de droit.

³ En pratique, l'aménagement d'une opposabilité aux créanciers antérieurs ne concerne que les créanciers professionnels dont la dette serait transférée au patrimoine d'affectation, ce pourquoi les textes exigent sa mention sur la déclaration d'affectation. Cette possibilité fut conçue à l'égard des entrepreneurs ayant déjà commencé leur activité sous forme d'entreprise individuelle et souhaitant transformer celle-ci en EIRL. Pour cette raison, l'article L. 526-6 du code de commerce vise « *l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés* » liés à l'activité. L'examen du modèle réglementaire de déclaration d'affectation établi par l'arrêté du 29 décembre 2010 est particulièrement clair en la matière puisqu'il comporte deux parties, l'une dédiée à l'actif affecté, et une autre dédiée à un passif affecté avec une déclinaison des types de passifs dont il s'agit, emprunts, dettes fournisseurs, dettes sociales ou fiscales. Et les modèles de fiches signalétiques par élément affecté précisent que ces informations sont demandées pour les emprunts ou autres dettes « nés antérieurement au dépôt de la déclaration ». Il est même rappelé la procédure à suivre pour opposer aux créanciers ce transfert de leur dette au patrimoine affecté, à savoir l'information individuelle de chaque créancier avec copies adressées à eux de la déclaration d'affectation. Cette procédure est décrite comme une « option », l'option

qu'ils doivent se voir personnellement notifier l'affectation de leurs créances et que celles-ci doivent être mentionnées sur la déclaration d'affectation, les créanciers concernés disposent d'un droit d'opposition prévu à l'article L. 526-12 du Code de commerce dans le mois qui suit la notification personnelle.

1146. C'est également un droit d'opposition qui est aménagé à l'article L. 526-17 du Code de commerce pour protéger tous les créanciers du patrimoine affectés en cas de transfert de celui-ci à une autre personne physique ou en cas de dilution de celui-ci dans le patrimoine général d'une personne morale¹. Constituant un bien², le patrimoine d'affectation de l'EIRL peut être cédé, donné ou apporté en société. Mais le transfert de cette universalité de droit a pour conséquence indirecte un changement de débiteur pour les dettes qui y sont incluses³. C'est la raison pour laquelle un droit d'opposition est aménagé par l'article L. 526-17 du Code de commerce au profit des créanciers de l'EIRL transférée.

1147. Dans les deux cas, le droit d'opposition ne joue qu'à l'égard des créances dont la naissance est antérieure à l'événement considéré, que ce soit la constitution de l'EIRL, son transfert ou sa dilution dans le patrimoine d'une personne morale. Les articles L. 526-12 et L. 526-17 en disposent expressément, le droit d'opposition joue pour les créanciers « *dont les droits sont nés antérieurement* » ou « *dont la créance est antérieure* ».

Ces mesures visent à protéger la créance en tant que bien. Il s'agit de la créance juridique et non pas de son acception économique qui ne sert qu'à opérer techniquement une ventilation des produits et des charges représentés par une créance en scindant et ventilant la créance elle-même.

Dès lors, cette protection devrait inclure le prix de prestations postérieures à la constitution de l'EIRL ou au transfert de ce patrimoine affecté. En principe, les commandes antérieures de biens qui ne seront livrées que postérieurement doivent bénéficier de cette protection. De même lorsque le bail commercial est signé avant la constitution de l'EIRL, en principe, la constitution de l'EIRL ne devrait pas être opposable de plein droit au bailleur pour les loyers postérieurs, bien qu'ils correspondent à une jouissance postérieure des locaux⁴. Il en ira de même de tout contrat synallagmatique à titre onéreux souscrit avant constitution ou avant transfert, mais dont la prestation caractéristique ne sera exécutée qu'après. Le transfert en EIRL de la dette de prix d'une prestation future représente en effet comme il a été vu à plusieurs reprises le transfert de contrats en cours. Sans doute en visant les « obligations » transférées à l'article L. 526-6 le législateur n'a-t-il pas pensé au

pour l'opposition de la déclaration d'affectation aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement au dépôt de la déclaration d'affectation.

¹ Lorsqu'il est cédé ou apporté à une personne morale, alors il se disloque pour fusionner avec le patrimoine de celle-ci. Mais lorsqu'il est cédé ou donné à une personne physique, alors il conserve son intégrité.

² C. KUHN, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th. 2003 n°633 s.

³ L'article L. 526-17 III al. 3 dispose que « *le cessionnaire, le donataire ou le bénéficiaire de l'apport est débiteur des créanciers de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée mentionnés (...) en lieu et place de celui-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard* ».

⁴ E. DUBUISSON et M. GERMAIN, article op. cit., n°93, les auteurs considèrent que, contrairement à la fusion et à l'apport partiel d'actif, les clauses du bail relatives à la cession devront être respectées. Nous n'en sommes pas persuadés car il ne s'agit pas ici d'une cession, mais d'une opération sur une universalité de droit, au même titre à cet égard fondamental que la fusion ou l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions.

transfert de contrat¹, cela n'empêche pas qu'il y soit inclus pour autant. Monsieur Houtcieff abonde explicitement en ce sens, expliquant que, non seulement le fonds est cédé, « *mais également les contrats et les dettes du cédant* »².

1148. Toutefois, Messieurs Dubuisson et Germain font remarquer qu'il sera sans doute fait application, en la matière de ce droit d'opposition des créanciers antérieurs dans le cadre de l'EIRL, de la jurisprudence rendue en droit des sociétés³. Celle-ci exige du créancier, pour qu'il puisse former opposition à la fusion ou à la scission de son débiteur, qu'il soit titulaire d'une créance de somme d'argent⁴ certaine, liquide et exigible au jour du traité de fusion⁵. Pourtant, une telle limitation est critiquable⁶, car les textes n'exigent aucune qualité de la créance⁷, tout créancier devant pouvoir d'après eux protéger son droit de créance. D'ailleurs, la troisième directive⁸ explicite le fait que la mesure de protection concerne les créances non échues, non encore exigibles. La jurisprudence ajoute donc au texte français et se pose en contradiction avec la Directive européenne.

S'il apparaît souhaitable d'adopter la même solution pour tout droit d'opposition visant la protection du créancier en cas de modification structurale du patrimoine de son débiteur, il ne nous semble pas opportun d'importer une jurisprudence que tout le monde critique. Il est particulièrement critiquable d'exiger une créance exigible. Cela signifie par exemple que les créanciers les plus importants, les bailleurs de fonds, seront écartés du bénéfice du droit d'opposition au motif que la dette de remboursement d'emprunt ne serait pas encore exigible. De même, nous ne voyons pas pourquoi les victimes d'un dommage consécutif de l'activité lucrative d'une personne morale ne pourraient pas faire opposition à une opération de fusion sur la personne de leur débiteur au motif que leur créance n'est pas encore liquide alors qu'elle ne fait aucun doute, qu'il s'agit d'un principe certain de créance.

¹ A.-S. TEXIER, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, Droit 360°, dir. Philippe ROUSSEL Galle, spéc. n°32.

² D. HOUTCIEFF, « EIRL », *Rép. Dalloz commercial*, n°46. Messieurs Etienne DUBUISSON et Michel GERMAIN nous semblent également, mais implicitement en ce sens en se référant à l'effet relatif du contrat pour dire que le transfert de dette est en principe impossible dans le but d'illustrer le caractère exorbitant du droit commun que constitue l'EIRL qui permet un tel transfert, E. DUBUISSON et M. GERMAIN, « L'affectation d'un patrimoine, transmission », in *EIRL dir. F. TERRÉ*, Litec, p. 41 spéc. n°93.

³ E. DUBUISSON et M. GERMAIN, article op. cit. n°140, 176 s.

⁴ Com. 15 juillet 1992, *Bull. Joly Sociétés* 1992, p. 1111, note B. CAILLAUD et P. LE CANU, ne peut faire opposition le créancier d'une astreinte qui n'est pas encore liquidée et devenue exécutoire car pas de créance de somme d'argent effective et exigible seule susceptible de justifier l'opposition.

⁵ Com. 16 juill. 1985, B218, *JCP G* 1985 IV 334 *Bull. Joly, JCP E* 1985, 14947, ne peut faire opposition l'ancien salarié d'une société qui a engagé contre celle-ci une action en dommages et intérêts pour rupture abusive de son contrat de travail. Com. 21 janv. 2004, n°00-14549, inédit, « attendu, d'autre part, que c'est à bon droit que la cour d'appel a rejeté l'opposition dès lors qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que la société SDREP n'était pas, en l'état des diverses procédures engagées par elle, en mesure de justifier de créances certaines dans son existence, liquides et exigibles antérieures au projet de l'opération envisagée permettant au juge saisi de l'opposition d'ordonner son remboursement ».

⁶ L. BOUTITIE, *L'opposition en droit privé*, th. 2004 p. 130 n°219. M. Germain, « L'opposition en droit des sociétés », *LPA*, 4 avr. 2007, p. 21. A. BONNASSE, « Fusions, Réalisation des fusions et des scissions », *JCL* fasc 162-10, 2004, n°111.

⁷ Art. L. 236-14 al. 2, « les créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de fusion et dont la créance est antérieure à la publicité donnée au projet de fusion peuvent former opposition à celui-ci ». On observe au surplus que les obligataires peuvent former opposition alors que leurs créances ne sont forcément pas encore exigibles, art. L. 228-73 du Code de commerce.

⁸ Dir. N°78/855, 9 oct. 1978, art. 13.

1149. Il faut en vérité trouver un équilibre plus satisfaisant entre la sécurité juridique de l'opération souhaitée et la protection des créanciers. Pour ce faire, il nous apparaît que l'acception économique de la créance permet de trouver ce juste équilibre. En effet, comme il a été soulevé, le créancier du prix d'une prestation future dispose d'une protection factuelle efficace, ne pas accomplir la prestation promise, certes à ses risques et périls, mais si consensuellement le paiement d'avance lui est refusé ainsi que des garanties suffisantes éventuelles, gageons que son refus d'exécuter pourra être jugé légitime.

En exigeant des qualités supplémentaires des créances pour qu'elles puissent faire opposition, la jurisprudence véhicule l'idée que toutes les créances d'ores et déjà nées n'ont peut-être pas besoin d'être protégées avec la même énergie. Nous conservons l'idée, mais en proposons une application nouvelle à l'aune de l'acception économique de la créance, et qui serait valable pour toute opposition d'un créancier à la modification structurale du patrimoine de son débiteur, spécialement en droit des sociétés comme en matière d'EIRL. D'ailleurs, les règles de l'EIRL traduisent bien elles aussi le fait que les créances n'ont pas toujours besoin du même degré de protection puisque, pour le transfert en EIRL d'une dette antérieure, une notification personnelle est exigée, tandis que pour le transfert de la dette avec le patrimoine d'affectation en cas de cession, de donation ou d'apport en société de celui-ci, aucune notification personnelle des créanciers antérieurs n'est exigée¹.

Suivant cette proposition, toute créance économiquement née pourrait faire opposition, à l'exclusion des créances non encore nées économiquement. La définition comptable de l'obligation serait ici appliquée. Les créances naissent le plus souvent à la même date juridiquement et économiquement. Seules les créances issues d'un rapport synallagmatique peuvent voir leur naissance économique retardée. La naissance de la créance économique de prix se trouve reportée au jour de l'exécution de la contreprestation. **L'utilisation de l'acception économique de la créance pour limiter les créanciers pouvant faire opposition à la constitution de l'EIRL ainsi qu'à son transfert serait donc souhaitable** ici comme d'ailleurs pour tout droit d'opposition à une opération sur universalité de droit. Quant aux créances non encore liquides, le filtre subjectif de l'appréciation souveraine des juges du fond quant à l'admission ou au rejet de l'opposition devrait suffire², notamment par l'appréciation du risque que constitue l'opération au regard de l'ampleur potentielle de la créance.

¹ E. DUBUISSON et M. GERMAIN, article op. cit., spéc. n°175 où les auteurs remarquent l'absence de symétrie quant à la notification personnelle et l'expliquent pareillement.

² La doctrine interprète les textes dans le sens d'un pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond quant à l'admission ou au rejet de l'opposition. En droit des sociétés : P. et P. DIDIER, *Les sociétés commerciales*, traité Economica, n°1469, L'opposition « vaut seulement demande de déchéance du terme et de remboursement immédiat de la créance. Le juge examine alors si l'opération projetée diminue les sûretés dont bénéficiaient jusque-là les créanciers. Dans la négative, il rejette l'opposition. Dans l'affirmative, le juge peut ordonner le remboursement des créances dont la constitution de garanties, si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes. Si maintenant la société condamnée ne s'exécute pas, l'opération lui est inopposable ». P. LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 4^e éd. n°1636 : l'opposition « permet au créancier, si le juge l'estime justifiée, d'obtenir le paiement ou la constitution de garanties suffisantes ». Pourrait être interprété dans ce sens l'arrêt suivant : com. 13 déc. 2012, n°11-23703, inédit, l'absence d'opposition de la part du créancier ne suffit pas en elle-même pour montrer qu'elle a mis en péril l'éventuel recours subrogatoire de la caution. Il faut que la caution démontre qu'au moment de la fusion l'absorbante n'avait pas la capacité financière de rembourser les dettes cautionnées et expose quels types de garanties auraient pu être prises. Le principe d'une telle marge d'appréciation n'est pas nouveau. Il est davantage explicité par la loi pour de la mise en location gérance du fonds de commerce où l'article L. 144-6 du Code de commerce prévoit pour le tribunal la possibilité de prononcer l'exigibilité immédiate des créances « s'il estime que la location-gérance met en péril leur recouvrement ». Il est alors tenu compte des garanties de bonne gestion et de moralité du locataire-gérant² qui pourraient être utilisées dans le cadre de l'opposition au transfert du patrimoine affecté (*Fonds de commerce*, Dalloz Action, n°53.192). Il en va sans doute de même pour l'EIRL où les textes prévoient explicitement que l'opposition peut être rejetée, les articles L. 526-12 al. 3 et L. 526-17 III du Code de commerce disposant tous deux pareillement qu'en cas d'exercice du droit d'opposition par un créancier antérieur à l'opération, « une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties (offertes) si elles sont jugées suffisantes ». La doctrine interprète les dispositions en ce sens d'une

Toutefois, il convient d'insister, ce n'est pas parce que la créance juridique, la créance en tant que bien n'était pas née avant l'opération que le droit d'opposition lui est de facto refusé. C'est parce que toutes les créances ne nécessitent pas cette protection qui doit être cantonnée à sa juste mesure afin de trouver un équilibre satisfaisant entre la sécurité de l'opération économique effectuée et la protection des créances. Or, les créances juridiques non encore nées économiquement, qui correspondent aux créances de prix d'une prestation future ne semblent pas nécessiter de cette protection comme il a déjà été exposé.

Le droit d'opposition n'est pas la seule mesure de protection des créanciers prévue par les textes sur l'EIRL. En cas de dissolution de celle-ci, les créanciers du patrimoine affecté sont généralement protégés par une énigmatique préservation de leur gage malgré la dislocation de celui-ci. La limitation de cette mesure de protection par l'acception économique de la créance juridique devrait également s'appliquer en la matière.

2/ La créance économique dans la limitation de la préservation du gage à la dissolution du patrimoine

1150. En cas de décès sans reprise de l'activité, le patrimoine affecté est dissout. L'article L. 526-15 dispose que les créanciers des différents patrimoines du défunt « *conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment (...) du décès* ». Il y a lieu d'interpréter¹.

Cela signifie d'après nous que la conjugaison du droit de l'EIRL avec le droit des successions conduit à diviser le privilège de séparation du patrimoine en autant de patrimoines d'affectation dont était titulaire le défunt suite à la fiction de son patrimoine au sens d'Aubry et Rau, de sa personne au plan patrimonial. Tout se passe alors comme si le successeur avait simultanément hérité de plusieurs personnes différentes, chaque créancier de chacune des entités peut invoquer son privilège de séparation des patrimoines, ce sous toutes les formes du privilège, simple priorité de paiement ou véritable privilège inscrit, et inversement les créanciers de l'héritier peuvent invoquer le même privilège bilatéralisé pour passer avant les créanciers du défunt sur les biens de l'héritier.

absence de compétence liée des juges en cas d'existence de la créance. Didier MARTIN semble même estimer que le juge peut rejeter l'opposition sans justification, mais qu'il doit justifier son admission, notamment par la violation de ses devoirs par l'entrepreneur scindant son patrimoine (D. MARTIN, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », *in EIRL dir. F. TERRÉ*, LexisNexis, Droit 360°, 2011, n°71 s.). Messieurs DUBUISSON et GERMAIN semblent aussi être de cet avis, relevant de façon incidente une « raison légitime » de faire opposition en application de l'article L. 526-17 III du Code de commerce (article op. cit.).

¹ M. BILLIAU, *JCP G* 2010, chr., 1040, n°6 et 7, où l'auteur relève que les modalités de la conservation du gage ne sont pas développées et que le privilège de séparation des patrimoines protégera les créanciers de l'héritier des créanciers professionnels du défunt. Mais il nous semble qu'il protège pareillement des créanciers personnels du défunt. D. HOUTCIEFF, « EIRL », *Rép. Dalloz*, n°7 et 40, où l'auteur remarque que la disposition implique que les créanciers professionnels ne pourront être réglés sur le patrimoine non affecté. Nous n'en sommes pas persuadés dans la mesure où nous pensons que ce texte implique simplement une division du privilège de séparation du patrimoine qui n'emporte pas une réelle séparation des patrimoines, paradoxalement comme il a déjà été soulevé. Autrement dit il y a fusion dans le patrimoine de l'héritier, tous les créanciers pouvant saisir tous les biens, mais possibilité d'invoquer une priorité de paiement à l'occasion de procédures de distribution ou d'inscrire un véritable privilège.

Le patrimoine affecté disparaît donc d'après nous immédiatement pour se fondre avec le patrimoine personnel de l'héritier. Les créanciers du patrimoine affecté dissous peuvent recourir contre les biens personnels, que ce soit ceux du patrimoine personnel du défunt ou ceux de l'héritier, mais les créanciers de ces patrimoines pourront invoquer une priorité de paiement sur lesdits biens ou auront pu inscrire un privilège dessus. Symétriquement la qualité de créancier professionnel du défunt donne un droit de priorité au paiement sur les biens qui figuraient à l'actif du patrimoine affecté professionnel en cas de conflit dans une procédure de distribution avec des créanciers personnels du défunt ou de l'héritier.

1151. L'article L. 526-15 du Code de commerce ne se limite pas au cas du décès, il concerne également le cas de la renonciation par l'entrepreneur à l'affectation. L'article dispose qu'en cas de renonciation, « *la déclaration cesse de produire ses effets* », mais qu'en « *cas de cessation concomitante (...) de l'activité professionnelle (...), les créanciers (...) conservent pour seul gage général celui qui était le leur au moment de la renonciation* ». Le texte nécessite là encore d'être interprété à défaut d'autres précisions de la loi.

D'emblée, il ne nous semble pas approprié du point de vue de la protection de la propriété des créances, que la conservation du gage soit écartée en cas de renonciation avec poursuite de l'activité, ce qui résulte de la lecture a contrario de l'article. En effet, si en cas de continuation par un héritier après décès, l'affectation est préservée en même temps que l'activité se trouve continuée, tel n'est pas le cas dans l'hypothèse de la renonciation. Le problème provient à notre sens de ce que le texte traite simultanément de la renonciation et du décès, car, alors que la renonciation entraîne la disparition de l'affectation que l'activité soit poursuivie ou non, tel n'est pas le cas du décès où l'affectation se trouve maintenue en cas de poursuite de l'activité par un héritier et où la protection des créanciers par la persistance du gage n'a alors effectivement pas de sens. Mais cette critique doit se compléter par la vision que nous entendons adopter de cette persistance du gage.

1152. Nous pensons que **la persistance du gage correspond au privilège de séparation du patrimoine du droit des successions**. Le mécanisme est en effet similaire. Nous voyons ici qu'une certaine forme de personnification du patrimoine d'affectation est incontournable. Tout se passe techniquement comme si la dissolution de ce patrimoine constituait un décès. A priori, aucune procédure de liquidation n'est prévue, aucune déchéance du terme des créances n'est aménagée. Les patrimoines sont censés fusionnés, mais les textes disposent cependant que les gages respectifs sont préservés. Cette contradiction se retrouve dans le privilège de séparation du patrimoine, ce qui nous conforte dans l'idée d'une analogie avec ce mécanisme.

Pour la renonciation, le cloisonnement des patrimoines n'est pas conservé, ils fusionnent. Les créanciers des deux patrimoines se trouvent donc en concours sur tous les biens de l'entrepreneur réunis. Et tous les créanciers subissent la sortie d'un bien du patrimoine général ainsi reconstitué de leur débiteur. Toutefois, si deux créanciers se trouvent en concours lors de la saisie d'un bien, alors ils pourront invoquer un droit de priorité sur celui-ci selon l'ancien patrimoine auquel appartenait le bien et la dette dont le paiement est recherché. Deux précisions doivent être apportées. Nous ne pensons pas que ce droit de priorité puisse dans l'hypothèse d'un concours avec une dette postérieure à la renonciation du patrimoine, car celle-ci n'a jamais été limitée dans son droit de poursuite à une

portion de patrimoine, il n'y a donc pas de raison légitime de la faire passer après les anciens créanciers, ce d'autant plus que, n'ayant appartenu à aucun des anciens patrimoines, elle ne pourra invoquer un droit de priorité sur aucun bien particulier quant à elle. Enfin, il nous semble qu'une procédure collective devrait prendre en compte cette persistance du gage en cas de liquidation judiciaire de l'entrepreneur après renonciation à son gage. Trois masses actives et passives devraient donc être reconstituées, chacun des patrimoines antérieurs ainsi que la masse issue de l'évolution postérieure du patrimoine du de cujus. Le partage risque d'être complexe.

Conclusion de section sur la créance économique utilisée pour la détermination de l'accès au gage des patrimoines d'affectation contemporains que sont la fiducie et l'EIRL :

1153. Écartons d'emblée la déclaration d'insaisissabilité qui, au lieu de rendre inatteignables les immeubles déclarés insaisissables, les affranchit de la protection d'une procédure collective à l'égard de tous les créanciers personnels, mais également à l'égard des créanciers professionnels antérieurs à la déclaration. La condition de postériorité des créances professionnelles pour l'opposabilité de la déclaration devrait théoriquement se voir appliquer l'acception juridique de la créance, car c'est une condition qui vise à protéger les créances en tant que biens et donc les créances au sens strict. Mais on comprendra que l'acception économique de la créance pourra malgré tout être utilisée pour limiter les effets pervers du système, pour éviter les créances de prix d'une exécution postérieure à la déclaration puissent elles aussi permettre une saisie des immeubles déclarés insaisissables dans le cadre d'une course au prix puisque, les immeubles étant situés hors procédure, ne bénéficient plus de la protection du droit des entreprises en difficulté. L'institution devrait disparaître.

En fiducie comme en EIRL, l'acception économique de la créance contribue à déterminer la substance du gage et la mesure de son accès pour les créanciers.

L'acception économique est la traduction d'un transfert des contrats en cours au bénéfice du patrimoine affecté lorsque ces contrats concernent les biens qui y sont transmis ou l'activité professionnelle qu'il incarne pour l'avenir. Pour les biens, par exemple, dans le cas d'immeubles loués transférés au patrimoine fiduciaire ou affecté au patrimoine professionnel d'une EIRL, les baux en cours seront transférés avec les immeubles sur la base de l'acception économique de la créance. Les loyers correspondant à l'occupation antérieure resteront acquis au constituant ou au patrimoine général, tandis que les loyers correspondant à l'occupation postérieure constitueront des produits acquis au patrimoine d'affectation. La créance juridique de loyer est transmise à ce dernier à hauteur de la créance juridique dont la consolidation économique n'est pas encore intervenue, dont l'exécution de la prestation n'a pas encore été accomplie. Cela pourra nécessiter le constat de créances économiques dans les rapports entre patrimoines. Mais la date d'exigibilité ne joue pas dans la répartition, tout au plus influe-t-elle indirectement sur le moyen de l'opérer.

Le même transfert des contrats en cours s'opère pour les créances de prix d'une exécution postérieure au bénéfice futur du patrimoine affecté. En cela l'acception économique de la créance permet de préciser la mesure du gage. La dette de prix est transférée au patrimoine d'affectation pour sa portion non encore consolidée économiquement. La protection des créances juridiques en tant que bien entre ici en ligne de compte. Celle-ci n'est pas un obstacle en fiducie, car le constituant demeure

garant de telle sorte que le gage du créancier, inchangé quantitativement, se trouve amélioré qualitativement. Mais cette protection implique le bénéfice d'un droit d'opposition en matière d'EIRL au profit du créancier concerné, une opposition dans le mois qui suit la constitution du patrimoine affecté. Cette protection de la créance juridique doit également être prise en compte au dénouement de la fiducie ainsi qu'à la dissolution et au transfert du patrimoine d'affectation de l'EIRL. Globalement, la sécurité des opérations juridiques envisagées ne devrait pas faire obstacle à l'application de l'acception économique de la créance dans ces occurrences. Le sacrifice mineur des intérêts du créancier quant à sa portion de créance correspondant au prix d'une exécution future peut se justifier au regard de la simplicité et de la sécurité acquise des changements de situations juridiques considérés, qu'il s'agisse du dénouement de l'opération de fiducie ou de celui de l'EIRL par son transfert ou sa dissolution.

Conclusion de chapitre sur l'utilisation de la créance économique pour la détermination du gage représenté par un patrimoine d'affectation :

1154. Comme il a été démontré en première partie, la créance de prix au sens strict naît pour le tout au jour du contrat. Elle ne naît pas au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation et elle ne renaît pas cycliquement à chaque début de période contractuelle. Elle incorpore au jour de sa naissance toute une potentialité future dont il n'est jamais certain qu'elle se concrétisera, ni même dans quelle amplitude elle se concrétisera. Potentielle, contingente et flexible, la créance au sens strict, la créance juridique, entre en corrélation avec le patrimoine au sens de la théorie d'Aubry et Rau qui permet de lui procurer une substance sous forme de garantie, l'actif du patrimoine du débiteur, de façon intemporelle, quelles que soient ses fluctuations passées, présentes et à venir.

Mais cette contingence et cette atemporalité se prêtent particulièrement mal à la survenance de certains changements de grande ampleur dans les vies des protagonistes au rapport de créance, que ce soit le créancier ou le débiteur. Pour cette raison, l'application ordinaire du concept de créance au sens strict doit parfois être aménagée, nuancée, par un autre concept, qui n'a dès lors ni la même nature ni la même fonction, celui de créance économique. Celle-ci correspond à la créance juridique ayant acquis un nouveau plan de perfection, une consolidation économique, mais elle correspond aussi à un concept autonome à part entière, la production de valeur générée par le contrat. De la sorte, le critère de date de naissance de la créance ne concerne pas toujours la date de naissance de la créance au sens strict, mais concerne parfois l'acception économique de la créance, la date de naissance de la créance économique et non plus juridique.

L'application de ce critère de date de naissance de la créance économique permet d'opérer une ventilation de la créance juridique de prix exprimée en argent et divisible par nature, une ventilation en différents régimes différents, ce qui inclut une ventilation selon les gages auquel les différentes portions de créances peuvent prétendre. Spécialement, lorsque surviennent en cours d'existence de la créance juridique des gages spéciaux représentés par des patrimoines d'affectation, l'acception économique de la créance contribuera fortement à définir dans quelle mesure la créance de prix peut permettre d'y avoir accès. Elle le pourra chaque fois que sa naissance économique aura eu lieu à l'occasion du patrimoine affecté considéré, quelle que soit sa date de naissance juridique, quelle que soit sa date d'exigibilité. Inversement, l'acception économique de la créance pourra limiter l'accès au

gage du patrimoine d'affectation, voire de façon plus large, limiter l'accès à un régime privilégié de la créance juridique pour consolider et sécuriser certaines opérations juridiques ou certains importants changements de situations juridiques. La protection de la créance juridique doit alors certes être prise en compte, mais elle n'exclut pas nécessairement une solution de défaveur pour la créance. Elle implique simplement de trouver l'équilibre entre la protection nécessaire du droit de créance et l'objectif supérieur poursuivi, la sécurité de l'opération ou du changement de situation juridique.

Il est un gage très particulier auquel l'acception économique de la créance permet naturellement d'accéder, celui d'une entreprise sous le coup d'une procédure collective. Le gage est particulier, car il est en principe figé du fait de la discipline de la procédure. L'acception économique de la créance permet ici de s'affranchir naturellement de cette discipline et de bénéficier ainsi du régime privilégié des créanciers de la procédure, du privilège de procédure.

Chapitre 2 : La détermination du passif exempté de la discipline d'une procédure collective

1155. Dans les patrimoines d'affectation, l'acception économique de la créance peut servir à identifier à la fois la substance et l'accès au gage spécifique qu'il constitue. Dans les procédures collectives, l'acception économique de la créance ne sert qu'à identifier le passif privilégié. Plus précisément, elle permet d'identifier les créances pouvant bénéficier d'un régime de faveur parce qu'elles sont considérées comme des créances de la procédure. D'ailleurs, la procédure n'étant pas dotée de la personnalité juridique, on peut déjà pressentir qu'il doit être question ici d'acception économique de la créance. La créance pouvant se voir appliquer plusieurs régimes différents, nous pouvons encore monter d'un cran le degré de précision pour relever que l'acception économique de la créance pourra éventuellement permettre d'identifier les portions de créances juridiques de prix pouvant bénéficier du régime plus favorable des créanciers postérieurs.

1156. Les créances de la procédure bénéficient en effet d'un régime plus favorable que celui des créances antérieures à l'ouverture de la procédure car elles sont affranchies de la discipline de cette dernière. À l'ouverture de la procédure, le patrimoine de la personne en difficulté se trouve figé. Il ne remplit plus sa fonction de garantie de l'actif par le passif, de paiement des dettes au moyen des biens de la personne. Les biens deviennent indisponibles, mais surtout, les dettes se trouvent figées. Les paiements volontaires sont interdits. S'ils ont lieu, ils sont annulés et donnent lieu à **restitution** de la part du créancier. Les poursuites sont suspendues. Aucune nouvelle sûreté ne peut être prise. Et les créanciers doivent déclarer leurs créances sous peine d'inefficacité de leur droit. Le régime de droit commun des créanciers d'une personne sous le coup d'une procédure collective n'est donc pas particulièrement plaisant. L'acception économique née durant la procédure collective permet de s'affranchir de cette discipline. Cette créance ou portion de créance peut être payée comptant, peut donner lieu à mise en œuvre d'une clause résolutoire, à poursuites du créancier, et si elle n'est pas payée, elle reçoit dans la procédure commerciale un paiement prioritaire dans la procédure de distribution.

1157. Nous retrouvons ici l'importance du réel, du réalisé, du factuel, que nous avons évoquée lors de la corrélation des produits et des charges en droit comptable. Nous l'aborderons, mais l'affranchissement pour certaines créances de la procédure est nécessaire, ne serait-ce que du point de vue du paiement. En effet, qu'il s'agisse d'une phase d'observation, de redressement ou de liquidation, il est nécessaire en toute hypothèse de se fournir en biens et en services pour que l'activité puisse continuer ou pour que la procédure puisse s'opérer. Par exemple, il faut pouvoir payer l'expert-comptable, d'autres experts pour effectuer des évaluations, des intervenants extérieurs pour effectuer l'inventaire. Certains actifs peuvent nécessiter réparation ou restauration pour pouvoir être vendus à un meilleur prix. Or, ce n'est pas avec une promesse de prestation que l'on redresse la barre, mais avec des prestations. Il est donc déjà en cela possible de comprendre qu'il devra s'agir d'acception économique de la créance de prix et non pas de la créance juridique de prix. Cette

dernière ne représente que la promesse de prestation, certes juridiquement protégée, tandis que la première représente la prestation elle-même.

Le mécanisme d'affranchissement des créances économiquement nées après l'ouverture de la procédure constitue un mécanisme naturel consubstantiel de l'existence même de toute procédure collective. Il est prévu par les textes en matière de procédure commerciale, pour le droit des entreprises en difficulté (section 1). Mais son caractère naturel et nécessaire implique d'après nous l'utilisation de l'acception économique de la créance à des fins similaires dans les autres procédures collectives, qu'il s'agisse de la procédure de surendettement des particuliers ou de la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net (section 2).

Section 1 : Dans la procédure collective commerciale

1158. L'examen de l'origine et de la mécanique du régime favorable des créanciers postérieurs permet de comprendre pourquoi c'est l'utilisation de l'acception économique de la créance qui s'impose pour apprécier ces créanciers postérieurs. Bénéficieront donc du privilège de procédure les créanciers dont l'acception économique de la créance est née après le jugement d'ouverture. Dans les hypothèses de rapports synallagmatiques, seul le prix des prestations accomplies après l'ouverture de la procédure correspond à une créance économique née durant cette dernière et bénéficiant à ce titre du privilège de procédure.

Comme en matière de privilège de séparation des patrimoines, nous englobons sous le vocable « privilège de procédure » tout le régime favorable des créanciers postérieurs.

L'utilisation de l'acception économique de la créance présente l'intérêt de constituer un critère purement objectif sécurisant pour les créanciers. Or, la sécurité juridique des créanciers s'avère primordiale en la matière. Les créanciers qui fournissent des biens ou des services durant la procédure de redressement ou de liquidation doivent avoir la certitude de bénéficier du régime favorable des créanciers postérieurs, à défaut de quoi ils refuseront de fournir quoi que ce soit à l'entreprise. Rappelons qu'un paiement comptant ne peut pallier l'absence de régime de faveur, car alors le paiement est nul et le cocontractant doit procéder à la restitution des fonds reçus en paiement d'une créance qui ne bénéficie pas du privilège de procédure.

L'objectivité et la sécurité juridique furent malmenées par la réforme de 2005. Il y fut décidé d'adjoindre un critère finaliste, dit « critère téléologique », au critère de la date de naissance de la créance, ce afin de juguler le nombre de créanciers postérieurs qui mettaient en péril d'après la doctrine les chances de redressement de l'entreprise en difficulté. Il nous semble toutefois que le procédé n'est pas approprié, qu'il s'avère même dangereux et qu'il complexifie au demeurant le mécanisme de détermination des créanciers bénéficiant du privilège de procédure. Surgit en effet en théorie l'existence de créances postérieures non privilégiées, ce qui ne va pas sans poser de problème dans l'articulation du système. Seul le critère de date de naissance de l'acception économique de la créance s'impose ici de façon exclusive, afin que l'objectivité du mécanisme de détermination des

créanciers privilégiés soit conservée, car cette objectivité constitue le pilier de la procédure durant les phases de redressement et de liquidation.

Pour ces raisons, après avoir exposé en quoi la mécanique du privilège de procédure implique l'utilisation de l'acceptation économique de la créance (§1), nous plaiderons pour la préservation de l'exclusivité de ce critère dans la détermination des créanciers privilégiés et donc pour la suppression du critère téléologique adjoint par la réforme, que nous percevons comme une « fausse bonne idée » (§2).

§ 1 : La mécanique du critère de créance économique

1159. Il n'est nullement besoin de démontrer ici que c'est l'acceptation économique de la créance qui se trouve utilisée en droit des procédures collectives comme critère d'identification des créances bénéficiant du privilège de procédure. En effet telle était pour ainsi dire notre hypothèse de départ, l'application en la matière de la thèse matérialiste de la date de naissance de la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de la prestation. Ce n'est pas la thèse périodique d'une naissance des créances au jour du terme prévu au contrat qui se trouve ici consacrée. Divers arrêts peuvent être cités qui rejettent en la matière cette date de naissance pour consacrer celle du jour de l'exécution de la prestation¹.

1160. Lors de l'ouverture d'une procédure collective, le patrimoine de la personne conservée se trouve gelé tant du point de vue de l'actif que du point de vue du passif.

D'un côté, le débiteur se trouve en principe dessaisi de ses biens qui deviennent indisponibles² et ne peuvent plus sortir de son patrimoine. Y compris en cas de voie d'exécution en cours, car seules les voies d'exécution achevées ne pouvant plus être remises en cause, c'est-à-dire lorsque les biens ont déjà quitté le patrimoine du débiteur, ne sont déjà plus sa propriété au jour de l'ouverture de la procédure collective. C'est l'effet réel de la procédure collective³, qui atteint l'intégralité des biens

¹ Com. 13 mars 2007, n°05-21610, inédit, com. 27 févr. 2007 n°05-19619, inédit, com. 28 mai 2002, JurisData n°014771, com. 15 oct. 2002, JurisData 016043. Plus récemment, com. 12 janv. 2010 n°08-21456, P. Il s'agissait d'un contrat de crédit-bail souscrit avant et poursuivi après le jugement d'ouverture de la procédure collective. La cour d'appel avait débouté le crédit-bailleur de sa demande en paiement au motif que le contrat avait été souscrit antérieurement, sous-entendant par là même que la créance de loyer était née au seul jour du contrat pour tous les termes à échoir. L'arrêt est cassé pour violation de l'art. L. 621-32 car « *la créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constituait une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, qui n'était pas soumise à l'obligation de déclaration, et ne pouvait donc être éteinte* ».

² LYON-CAEN et RENAULT, *Des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Traité de droit commercial, 1934, LGDJ, 5^e éd., t. 7^e, 6^e partie, n°208 quater, p. 237 : « *Le dessaisissement s'analyse comme une indisponibilité des biens du failli. Le jugement déclaratif opère mainmise sur l'ensemble des biens du failli au profit de la collectivité de ses créanciers existants au jour du jugement, et enlève au failli non seulement l'administration, mais la disposition de ses biens (...). Ses biens sont bien ainsi frappés à son égard d'une véritable indisponibilité au profit des créanciers* ». Aujourd'hui, le dessaisissement se trouve très clairement affirmé par les textes en matière de liquidation judiciaire, l'article L. 641-9 du Code de commerce dispose que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée* ». La disposition était déjà ainsi rédigée sous l'empire de la loi de 1967, à son art. 15.

³ L'expression provient, nous semble-t-il, de la thèse de Marc SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective, Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec 2002. Elle fut récemment consacrée par la jurisprudence, com. 16 mars

du débiteur¹. Celui-ci apparaît même lorsque le débiteur reste à la tête de l'entreprise en redressement². Il ne disparaît qu'à l'issue de la procédure, par exemple par l'adoption d'un plan de sauvegarde ou de continuation³.

D'un autre côté, le passif se trouve également gelé puisque les voies d'exécution sont suspendues comme il vient d'être relevé⁴. Le patrimoine ainsi atteint par la procédure ne remplit plus sa fonction de corrélation de l'actif et de passif, fonction qui incarne l'expression du gage général, la garantie de tout le passif par tout l'actif.

Mais cette gelée du patrimoine n'atteint pas les créances économiques nées durant la procédure.

1161. C'est au final davantage le caractère naturel de l'utilisation de l'acceptation économique de la créance que nous entendons démontrer à travers son origine et son évolution historique ainsi qu'à travers son articulation avec le régime des contrats en cours. La mécanique des procédures collectives explique pourquoi cette créance économique semble appliquée partout en la matière, à la fois pour les créanciers antérieurs et postérieurs. Car les créanciers antérieurs ne se définissent en réalité que par contraste des créanciers postérieurs qui font exception, qui sont hors champ d'application de la discipline de la procédure. Enfin le caractère naturel du mécanisme implique que le régime dérogatoire des créances postérieures du droit des entreprises en difficulté se retrouve dans les autres procédures collectives, celle du surendettement des particuliers et celle de l'acceptation à concurrence de l'actif net en droit des successions.

2010, n°08-13147, P : « Attendu que lorsque des époux mariés sous le régime de la communauté légale ont été, par des décisions successives, mis, chacun, en liquidation judiciaire, la vente de gré à gré des biens communs, soumis dès son prononcé à l'effet réel de la procédure collective première ouverte, ne peut être autorisée que par le juge-commissaire de cette procédure ». Dans sa thèse, Marc SENECHAL remarque que cet effet de dessaisissement du patrimoine du débiteur semble aller tellement de soi que son étude approfondie fut généralement éludée par les auteurs. Il constitue « l'aspect le plus traditionnel du droit des procédures collectives » (n°7). Expliquant le mécanisme, l'auteur évoque la gelée du patrimoine et la cristallisation du gage commun (n°788). La thèse de l'auteur ne vise d'ailleurs nullement à démontrer l'existence de l'effet réel, mais à revisiter le droit des entreprises en difficulté sous l'angle de ce dessaisissement, ce afin de lui donner davantage de cohérence (n°6).

¹ Com. 20 janv. 1987 n°85-18082, P. Bien qu'elle soit ouverte à l'occasion de l'activité professionnelle, la procédure collective englobe toute la sphère personnelle, tout le patrimoine, au sens d'AUBRY et RAU, qui se trouve ainsi gelé. C'est sur cette unité du patrimoine que repose l'adage procédure sur procédure ne vaut (F. DERRIDA, D. 1992, 81, obs. sous com. 27 nov. 1991 précité). En principe une personne ne peut faire l'objet que d'une seule procédure. La procédure collective ne peut se doubler d'une procédure de surendettement pour l'aspect personnel de la personne (com. 14 févr. 1989, n°87-17330, P). Le principe, reposant sur la théorie du patrimoine et déjà existant sous forme d'adage, avait été adopté par la jurisprudence (Com. 19 févr. 2002, n°96-22702, P, en chapeau, plus récemment, com. 8 juin 2010, n°09-15222, inédit, com. 7 avr. 2004 n°01-15057, inédit, et com. 1^{er} mars 2005 n°03-17953, inédit) et s'est trouvé textuellement consacré par la réforme de 2005 aux articles L. 631-2 pour le redressement judiciaire et L. 640-2 pour la liquidation. Il en découle que la suspension des poursuites joue même lorsque la créance invoquée trouve son origine dans une activité distincte de celle qui a donné lieu à l'ouverture de la procédure collective (com. 27 nov. 1991, Bull. n°36, D. 1992, 81, FC, JCP G 1992 I 3595 n°3 obs. PETEL, RTD com. 1992, 684 obs. A. MARTIN SERF), voire même lorsque la créance était née avant le début de l'activité commerciale (com. 22 juin 1993, n°90-17418, P). Corrélativement, l'ouverture de la procédure collective d'un commerçant peut être demandée par le créancier d'une dette non professionnelle, d'une dette personnelle qui n'avait pas été contractée à l'occasion de cette même activité (com. 3 juin 1998 n°96-16470, P, ouverture à la demande du Trésor invoquant une créance d'impôt foncier sur des biens non affectés à l'activité professionnelle, utilisés à titre strictement personnel). Ce principe reçoit aujourd'hui une importante exception dans le cadre de l'EIRL qui permet la scission du Patrimoine au sens d'AUBRY et RAU et constitue un changement de paradigme dont les conséquences ne peuvent encore être totalement mesurées.

² Le principe du dessaisissement plane malgré tout sur le débiteur qui n'est plus dans la même situation qu'avant l'ouverture de la procédure. Il ne peut plus faire ce que bon lui semble. Il ne peut accomplir que des actes conservatoires ou de gestion courante. Les autres actes nécessitent l'autorisation du juge commissaire pour être accomplis, ce sous peine de nullité (L. 622-7 II al. 1 et 3 du Code de commerce).

³ L'effet réel cesse, le débiteur redevient in bonis et peut de nouveau disposer de ses biens comme bon lui semble. Com. 21 févr. 2006, n°04-10187, P. Sous réserve toutefois de dispositions spécifiques quant à l'aliénabilité de certains biens dans le plan de sauvegarde ou de continuation (A. LIENHARD, op. cit., Delmas, n°1029).

⁴ Suspension des voies d'exécution, art. L. 622-21 du Code de commerce (anc. art. L. 621-40, très anc. art. 47 L. 85). La jurisprudence adopte une interprétation extensive du texte. Celui-ci ne vise que les créances antérieures non privilégiées qui tendent au « paiement d'une somme d'argent ». Mais la jurisprudence y inclut néanmoins les actions qui tendent à la condamnation à une obligation de faire.

L'application de la naissance matérialiste de la créance s'est imposée en la matière dès l'origine, avant même qu'il ne soit question de date de naissance de la créance. Parce qu'elle est l'aboutissement d'une longue évolution qui partait directement de l'application pratique et du résultat recherché, l'application du critère de date de naissance de la créance économique en la matière était inéluctable (A). Elle ne devrait servir en principe et en stricte théorie qu'à identifier les créanciers privilégiés, mais les effets de ce régime privilégié impliquent en réalité une application extensive de la date de naissance de la créance économique (B).

A. L'inéluctable date de naissance de la créance économique indiquant un passif privilégié

1162. Le critère de date de naissance de la créance économique tel que nous avons construit le concept de créance économique s'est imposé de lui-même en droit des entreprises en difficulté. C'est ce qui relève de l'analyse historique de la construction du privilège de procédure (1) et de l'analyse mécanique du régime des contrats en cours (2). Ce sont les créances économiques, dont la date de naissance diverge de leur acception juridique, les créances de prix d'une exécution future, qui se sont d'emblée imposées avec force, les créances de prix d'une exécution future. Il fallait en effet de façon prioritaire s'assurer que l'entreprise en redressement ou en liquidation était dotée du crédit nécessaire pour obtenir les biens et prestations nécessaires à son redressement ou à la valorisation de son actif. Ce n'est qu'ensuite sur un glissement de paradigme en termes de naissance de la créance que des considérations morales ont impliqué l'adoption du privilège pour les autres créances, spécialement celles d'une source extracontractuelle, pour lesquelles les dates de naissance des acceptations juridique et économique se superposent (3).

1/ L'acception économique de la créance historiquement introduite sans réelle considération pour la date de naissance de la créance

1163. Remontant dans le passé, bénéficiant de la limpidité des auteurs du début du 20^{ème} siècle, il apparaît que le privilège de procédure que nous connaissons aujourd'hui est parti d'un présupposé consensuel unanime, non pas juridique, mais d'ordre pratique, celui d'après lequel les fournitures de biens et de services durant les périodes de redressement et de liquidation doivent impérativement être payées par priorité avant tous les autres créanciers¹. Ce n'est qu'ensuite par le truchement de la personnalité de la masse, auquel se sont venues se conjuguer un certain nombre d'enchaînements²,

¹ Y. GUYON, « Le droit français des entreprises en difficulté », *6^e journées juridiques franco-nordiques*, Société de législation comparée, 1984, spéc. n°19, à propos du projet de réforme de la loi de 1967 ayant abouti à la loi de 1985, l'auteur soulève au sujet de la personnalité morale de la masse dont la disparition était envisagée eu égard à son caractère fictif, qu'on « *ne supprime pas ce qui a une existence nécessaire* », le traitement privilégié des fournisseurs de l'entreprise en difficulté ou en liquidation.

² De la personnalité morale de la masse a découlé la distinction entre les créanciers de la masse et les créanciers dans la masse avec la survenance au passage du sentiment que l'exécution au profit d'une autre personne faisait naître une créance distincte. De là, considérant que les autres sources de créances ne pouvaient être écartées, nous sommes passés à la priorité de paiement des créanciers postérieurs. Mais cet enchaînement repose sur le présupposé que l'exécution au profit d'une autre personne fait naître une autre créance, il ne repose pas sur une réflexion théorique quant à la date de naissance de la créance. En outre, la disparition de la personnalité morale de la masse atténue très fortement l'idée de la naissance d'une autre créance par l'exécution qui repose tout de même sur l'esprit de l'enrichissement sans cause, alors que l'exécution ne constitue que l'extinction d'une obligation

que nous sommes passés progressivement à un critère de date de naissance de la créance. Ce critère ne fut donc pas le point de départ, mais le point d'arrivée d'un certain nombre d'enchaînement dont aucun n'a donné lieu à une réflexion réelle sur la date de naissance de la créance.

Cependant, au cours de cette évolution, c'est par tâtonnement en recherche d'un habillage juridique¹ pour la faveur qu'il fallait octroyer aux fournisseurs alimentant l'entreprise en difficulté qu'on en est arrivé à la date de naissance de la créance. Mais, à aucun moment une analyse et une réflexion en sens inverse, quant à la date de naissance de la créance n'ont été menées. Et certains auteurs remarquaient, lorsque leur réflexion déviait sur le terrain du droit commun des obligations et de leur date de naissance, le caractère quelque peu fictif de la date de naissance des créances utilisées en droit des entreprises en difficulté.

Il s'ensuit que la date de naissance de la créance s'avère effectivement être, en droit des entreprises en difficulté, une fiction fille d'une autre fiction plus importante, la personnalité morale de la masse². Ce faisant, en découvrant le concept qui se cachait réellement derrière ce cheminement syncrétiste du critère d'application de la faveur des créanciers alimentant l'entreprise en difficulté, nous tirons la date de naissance de la créance en droit des entreprises en difficulté de la fiction dans laquelle elle se trouvait, pour lui donner corps et place au sein de notre système de droit privé.

Nous reprendrons les grandes lignes des étapes de l'évolution historique de l'actuel privilège de procédure, plus spécifiquement de son critère d'application.

1164. Si le paiement prioritaire, avant tout autre créancier, de ceux ayant fourni des biens ou des services à l'entreprise en difficulté est apparu dès le début du 20^{ème} siècle comme un présupposé indispensable qu'il fallait ensuite justifier, c'est à cause d'un premier changement de paradigme. Il était pris conscience que la **liquidation** immédiate et précipitée de l'entreprise en faillite ne servait pas les créanciers, qu'il était préférable de poursuivre l'activité un temps afin de **valoriser** au mieux **l'actif de l'entreprise**. Les brillantes observations et réflexions d'Henri Carrié sur ce thème dans sa thèse de **1926** sur la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire sont toujours d'actualité³. Nous constatons pourtant une tendance contemporaine à les oublier¹. Il est primordial

préexistante. Cela explique sans doute que la créance de prestation caractéristique soit omise de l'équation en droit des procédures collectives.

¹ E. THALLER, « Créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite », *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1881, p. 65, où l'auteur exposait clairement le raisonnement inductif, partant du résultat recherché en quête d'un fondement juridique : « *avant d'avoir acquis la preuve rationnelle de ce résultat, on en a une intuition instinctive assez nette pour que l'on puisse répondre de son exactitude. Dans le droit comme dans d'autres sciences, il n'est pas rare que la solution précède le raisonnement* ».

² RIPERT et ROBLOT, *Droit commercial*, traité, t. 2, n°1966, où les auteurs exposent que tous les fondements juridiques envisagés pour la priorité de paiement avaient en réalité un caractère fictif, « *la justification la plus solide du traitement de faveur des créanciers postérieurs est d'ordre pratique* ».

³ H. CARRIE, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. 1926, p. 8. Il faut en effet une continuité parfaite de l'exploitation car la valeur du fonds repose souvent sur le nom, l'enseigne, la réputation, de telle sorte qu'une discontinuité d'exploitation porterait nécessairement atteinte à la valeur du fonds. Or, les créanciers ont non seulement intérêt à ce que le fonds subsiste pour être vendu, mais ils ont aussi intérêt à ce que le fonds conserve sa valeur maximale pour être vendu au prix le meilleur (absence de discontinuité d'exploitation, continuité de plein droit). Et l'auteur donne l'exemple de contrats en cours dont il faut « *conserver le bénéfice* », dont, le bail commercial afin de s'assurer de continuer à pouvoir occuper les locaux, les contrats de travail afin de continuer à bénéficier du concours des salariés habitués à l'entreprise et mieux informés quant aux goûts ou aux habitudes de la clientèle,... Mais de nouveaux contrats peuvent être nécessaires également quant à eux, notamment pour passer de nouvelles commandes afin de renouveler les stocks. Surtout, même si le liquidateur ne juge pas utile de poursuivre l'activité, il lui faudra le crédit nécessaire pour souscrire de nouveaux contrats pour les besoins de la liquidation, par exemple, pour assurer les marchandises demeurées en magasin, pour engager les employés nécessaires à l'inventaire, pour réparer les immeubles qui menacent ruine, pour conserver l'usage des fûts, récipients, wagons-foudres, ou sacs, contenant des produits qu'il serait peut-être désavantageux de vendre rapidement,... Voir également p. 126 s., spéc. n°116, une « *condition de fait* » s'impose

que l'activité puisse se poursuivre un temps et que par conséquent la cessation d'activité ne soit pas immédiate. Cela est indispensable pour préserver une chance de redressement, mais **également pour permettre la liquidation la plus efficiente possible**, par une valorisation maximale en vue de désintéresser au mieux possible les créanciers sociaux.

Pour pouvoir continuer un temps l'activité, il faut que l'administrateur ou le liquidateur puisse, non seulement **continuer les contrats** de fournitures de biens ou de services vitaux pour l'activité², mais également **en souscrire de nouveaux**. Pour ce faire, il fallait impérativement donner du crédit à l'entreprise en redressement ou en liquidation en assurant aux créanciers qui la fournissaient d'être payés avant tout le monde.

C'est donc à l'origine l'exécution de prestations au profit de l'entreprise en redressement ou en liquidation qui était visée en l'absence de toute considération, de toute idée de date de naissance de la créance. En effet, **il faut du réel et non pas des promesses pour qu'une activité** puisse se poursuivre. Le boulanger ne peut pétrir son pain avec une promesse de farine, il lui faudra la farine, la livraison de cette matière première indispensable à l'exercice de son métier. Pour ce qui concerne les contrats en cours, peu importe que les cocontractants soient engagés à fournir puisqu'ils peuvent légitimement invoquer l'exception d'inexécution postérieure devenue certaine afin de se soustraire sans responsabilité de leur part à toute exécution. L'absence de paiement du prix de la prestation postérieure, néanmoins déjà promise, est en effet devenue certaine du fait de la faillite³, sauf à leur octroyer un paiement prioritaire, un paiement avant tout autre créancier sur le produit de la liquidation, sauf à restaurer le crédit de l'entreprise en faillite par ce biais.

1165. Mais si tous les acteurs du monde juridique s'accordaient pour cette restauration du crédit, ce traitement de faveur, encore fallait-il le fonder juridiquement. Le raisonnement était inductif, partant du résultat recherché et affiché⁴, on se mettait en quête d'un habillage juridique permettant d'y parvenir. C'est la personnalité morale de la masse qui permettra dans un premier temps de remplir ce rôle⁵. Les auteurs de l'époque remarquent en effet que l'intérêt essentiel de la masse réside dans le traitement privilégié des créanciers ayant alimenté l'entreprise en redressement ou en liquidation.

à la masse qui veut poursuivre l'exploitation et qu'elle ne peut se réaliser que si les tiers ont la « *certitude d'être payés* » intégralement sur l'actif de la faillite, à défaut de quoi la continuation des contrats en cours est une « *situation chimérique* ».

¹ La tendance est aujourd'hui à soumettre la poursuite de l'activité à autorisation de justice et à refuser aux créanciers le privilège de procédure lorsque cette autorisation n'est pas octroyée. Le législateur de 2005 a visiblement oublié qu'au début du 20^{ème} siècle la poursuite de l'activité était déjà soumise à autorisation de justice, mais que cela n'était pas concluant car s'avérait perturbateur pour la valorisation des actifs et pour une liquidation efficiente. Henri CARRIE l'expose très clairement dans sa thèse de 1926 (op. cit. p.8). Le va et vient des procédures collective se résume à reproduire cycliquement les mêmes erreurs ?

² VALÉRY, sous Montpellier 24 déc. 1920, GP 1921, I, 158, c'est une « *véritable hérésie* » de prétendre que la faillite peut arrêter ou suspendre les contrats antérieurs.

³ H. CARRIE, th. op. cit. p. 104 s., sans traitement privilégié, le défaut de paiement futur devient pour ainsi dire certain du fait de la faillite, le fournisseur, bien qu'il se soit déjà engagé à fournir les prestations postérieures, peut légitimement invoquer l'article 1184 du Code civil pour se défaire du lien contractuel. Nous voyons déjà ici la complémentarité ici avec le régime des contrats en cours qui permet au contraire aujourd'hui à l'administrateur d'exiger la poursuite de ces contrats, de forcer le cocontractant à poursuivre l'exécution malgré l'inexécution d'obligations antérieurement exigibles. Mais cela ne va pas jusqu'à le forcer à l'exécution pour le futur tout en le laissant impayé du prix de celle-ci, en pratique cela ne serait pas efficace car le fournisseur serait particulièrement mal disposé à cette exécution qu'il saurait à fonds perdus.

⁴ L'observation de ce phénomène inverse, le traitement privilégié s'impose, il faut en rechercher ensuite le fondement, est relevé par plusieurs auteurs. JEANTIN et LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz 7^e éd. 2006, n°712, pour qui ce traitement de faveur est irrémédiablement « logique ».

⁵ M. GRIMALDI, D. 1965, 129, note sous com. 27 oct. 1964, où l'auteur remarque que « *l'existence de créanciers de la masse est retenue comme l'un des signes les plus certains de la personnalité morale et du patrimoine autonome de ce groupement* ». Cela n'est guère étonnant car c'est en réalité les créanciers de la masse qui ont fait la masse.

Mais pour que la masse puisse remplir ce rôle, il fallait considérer que les prestations fournies durant la procédure impliquaient que les cocontractants les ayant fournies soient créanciers de la masse et non pas du débiteur failli. C'est l'apparition de la célèbre distinction entre les créanciers de la masse et les créanciers dans la masse.

Des créanciers dans et de la masse, aux créances antérieures et postérieures, il n'y a qu'un pas que deux considérations ont contribué à franchir.

Il nous apparaît que le sens commun du terme créance, incarné dans l'adage populaire « on a rien sans rien », et dont on retrouve l'idée dans l'institution de l'enrichissement sans cause, y a fortement contribué. L'exécution au profit d'une tierce personne procure le sentiment d'équité selon lequel cette personne est redevable du prix de la prestation dont elle a bénéficié, quand bien même elle n'aurait pas été la contractante originaire. La construction paraissait simple et logique, ce qui fit sa force.

Est ensuite venue la considération selon laquelle des créances provenant d'autres sources sont apparues à l'occasion d'une analyse systématique de la construction théorique que représentait la personnalité morale de la masse¹. Or, pour les créances provenant d'autres sources, notamment la responsabilité civile et les quasi-contrats, c'est bien la date de naissance de la créance juridique qui remplit son rôle. En effet, ces créances naissent d'un fait réel et matériel² et non pas d'un acte juridique.

1166. Le critère de la date de naissance fut donc extirpé de la construction doctrinale, consacrée par la jurisprudence³, de la personnalité morale de la masse. Une fois cette dernière disparue, c'est logiquement que la date de naissance de la créance devait prendre le premier plan comme critère d'application du traitement privilégié des créanciers de la procédure. C'est ce qui se produisit avec la disparition de la personnalité morale de la masse⁴ et la consécration légale du paiement prioritaire à l'article 40 de la loi de 1985.

¹ H. CARRIE, th. op. cit.

² Nous avons déjà soulevé que ces créances, contrairement aux créances nées d'un rapport synallagmatique, voient leur deux acceptions, juridique et économique, naître à la même date. Cf. supra n°688 et s., spéc. n°692 et s.

³ Req. 17 mars 1840, S. 1840, 1, 213 et Req. 24 août 1843, S. 1843, 1, 757, conc. rapp. M. le Conseiller TROPLONG : « l'avoué qui a occupé en justice pour le compte de la masse n'est pas le mandataire de tous les créanciers considérés individuellement, mais d'une personne morale qui a une action juridique », « il est de principe qu'une masse constitue une personne morale distincte des individus qui la composent, seule représentée par le syndic, seule obligée par leurs actes à l'égard de tous ». Voir également Trib. com. Seine, 19 janv. 1907, *Journ. Faill.* 1907 p. 418. Plus récemment, avant la loi de 1985 ayant abandonné cette théorie à la fois doctrinale et jurisprudentielle pour consacrer légalement la priorité de paiement des créanciers postérieurs, com. 17 janv. 1956, D. 1956, 265 Houin. Cette personnalité morale était consacrée implicitement par l'art. 13 al. 1 de la loi de 1967 disant que la masse était « représentée par un syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager », cependant sans que la loi comporte même une allusion à la notion de masse.

⁴ M. GRIMALDI, D. 1965, 129, note sous com. 27 oct. 1964. L'auteur expose avec beaucoup de clarté les failles de la théorie de la personnalité morale de la masse. En substance, il ne saurait y avoir de patrimoine au sens d'Aubry et Rau et donc de personne car la masse ne possède pas d'actif corrélatif de son passif. La simplicité et la clarté des justifications fondée sur la personnalité morale de la masse n'est qu'un leurre car on se heurte à la complexité et à l'incohérence dès que l'on tente de rentrer dans le détail de cette théorie, dès que l'on pénètre sa structure. En l'espèce l'auteur approuve néanmoins la solution rendue par l'arrêt tout en remarquant que le raisonnement juridique qui la sous-tend est erroné. Et l'auteur en appel in fine à la suppression de cette théorie et à une intervention du législateur pour consacrer le paiement prioritaire des créanciers de la masse, appel qui ne fut entendu qu'une vingtaine d'années plus tard. Pour une opinion similaire de fiction eu égard à l'actif, RIPERT et ROBLOT, *Sociétés commerciales*, traité op. cit., n°2996. Pour se convaincre du caractère fictif de la personnalité de la masse, il est possible aussi de se référer aux développements alambiqués qui tentent de la justifier et de la mettre en œuvre, voir H. CARRIÉ, th. op. cit., p. 112 à 116.

Le problème, c'est donc bien qu'au final l'utilisation du critère de date de naissance de la créance en matière de privilège des créanciers ayant alimenté la procédure n'est pas issue d'une réflexion fondée sur la date de naissance de la créance. Il est né d'une fiction, la personnalité morale de la masse. Il fut élaboré par ce truchement¹ avec l'objectif prédéterminé, la vision initiale et non pas subséquente de favoriser ceux qui fournissaient des biens ou des services durant la procédure collective sans considération aucune pour la date de naissance de la créance de prix de ces services fournis². Ce n'est qu'incidemment, de fil en aiguille, qu'on en est arrivé à considérer, pour les besoins de la cause, que l'exécution de ces prestations constituait la date de naissance de la créance et que l'on pouvait donc fonder juridiquement ce privilège de procédure sur cette dernière.

2/ L'acception économique de la créance aujourd'hui consubstantielle du régime des contrats en cours

1167. Le régime des contrats en cours est entrelacé avec celui du privilège de procédure accordé aux créanciers postérieurs. L'entrelacement est à la fois historique et de droit positif. Il en résulte qu'on ne saurait appliquer en droit des entreprises en difficulté et pour la mise en œuvre du privilège de procédure, un autre concept que la créance économique et sa date de naissance au jour de l'exécution de la contreprestation.

1168. Historiquement, nous avons vu que la préoccupation première fut de pouvoir poursuivre un temps l'activité afin d'optimiser la liquidation, de valoriser l'actif. Pour cela, la préoccupation première fut de permettre à l'entreprise de continuer de bénéficier de la matière première indispensable à son activité, autrement dit de conserver ses fournisseurs de biens et de services. Le régime des contrats en cours et des créances postérieures permet d'atteindre ce résultat, c'est parce que les prix de prestations postérieures au jugement d'ouverture sont privilégiés, que la poursuite des contrats en cours peut être exigée et qu'elle peut s'opérer en fait, que les fournisseurs acceptent de poursuivre les contrats de fournitures parce qu'ils savent qu'ils seront payés.

De cette origine historique découle naturellement la définition du contrat en cours, c'est le contrat dont la prestation caractéristique au profit du débiteur n'a pas encore été totalement exécutée³, car c'est cette exécution postérieure au jugement d'ouverture et au profit de l'entreprise que l'on recherche. De là provient également la date de naissance de la créance du prix, car c'est le prix des prestations exécutées postérieurement au jugement d'ouverture qu'il faut privilégier pour atteindre le

¹ G. JAZOTTES, « Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36. Les créanciers de l'article 40 correspondent aux créanciers de feu la masse des créanciers alors dotée de la personnalité morale

² RIPERT et ROBLOT, *Sociétés commerciales*, traité op. cit., n°2997, sur l'origine historique et l'évolution des créanciers de la masse, « La jurisprudence et la pratique avaient admis très tôt que les créanciers dont la créance naissait du chef de l'activité du syndic (...) cette solution s'était imposée en particulier pour permettre au syndic de trouver les moyens nécessaires à la continuation de l'exploitation, voire à la liquidation ».

³ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz 7^e éd., 2006, n°690, c'est la « *persistance de l'effet caractéristique du contrat à la charge du cocontractant au jour de l'ouverture de la procédure qui permet de considérer que le contrat est en cours* ». Par exemple, n'est plus un contrat en cours le contrat de vente avec constitution de rente viagère car le transfert de propriété s'était opéré avant l'ouverture du jugement d'ouverture au profit du débiteur en difficulté (com. 28 févr. 1995, *D.* 1995, 89). Et n'est plus en cours le contrat de sous-traitance de travaux dont ceux-ci étaient achevés avant le jugement d'ouverture (com. 19 janv. 1999, *RJDA* 1999, 307).

résultat précité. Dès lors, si ce privilège est accordé aux créances nées après le jugement d'ouverture, c'est que nécessairement ces créances correspondent aux prestations exécutées après le jugement d'ouverture et que par conséquent la date de naissance de la créance de prix doit être située pour les besoins de la cause au jour de l'exécution de la prestation qu'elle rémunère.

1169. À la lumière des explications précitées, il est aisé de comprendre les mécanismes et la complémentarité dont font preuve les articles L. 622-13 du Code de commerce sur les contrats en cours et L. 622-17 sur le privilège des créances postérieures. L'art. L. 622-17 qui dispose du privilège de procédure se réfère explicitement aux « *créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13* » pour classer ces créances au second rang des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture et devant recevoir paiement prioritaire. Et ce n'est qu'à la lumière de la créance économique mise en œuvre par le privilège de procédure qu'il devient possible de comprendre l'art. L.622-13 I, plus précisément les « **engagements antérieurs** » au sens de cet article qui dispose que le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat malgré l'inexécution desdits engagements et que ces derniers n'ouvrent donc qu'à déclaration au passif¹. Littéralement, il pourrait aussi bien s'agir de créances juridiques, le fournisseur ne s'est-il pas engagé au jour du contrat à fournir toutes les marchandises prévues, même à livraisons successives échelonnées ? Le prestataire de service ne s'est-il pas engagé à effectuer l'intégralité de la prestation ? Vu sous cet angle, l'engagement serait né au jour du contrat, il pourrait s'identifier à la créance juridique, voire même au contrat lui-même. Ce n'est pas par l'articulation et la complémentarité du régime des contrats en cours et du privilège des créances postérieures que les « engagements antérieurs » doivent s'entendre des créances économiques nées avant le jugement d'ouverture, plus spécifiquement dans le cadre du contrat en cours des créances de prix de prestations fournies avant l'ouverture de la procédure collective. Les « engagements antérieurs » de l'art. L. 622-13 sur les contrats en cours ne peuvent donc se définir que par **contraste** avec les créances postérieures privilégiées de l'art. L. 622-17 du Code de commerce. Nous verrons que l'adjonction d'un critère téléologique n'est en réalité pas venue modifier cette mécanique, car ce nouveau critère n'est en réalité pas applicable aux prestations fournies après le jugement d'ouverture pour lesquelles seul le critère de la date de naissance de la créance économique demeure.

3/ Le critère de date de naissance de la créance justifié par la considération des créances extracontractuelles

1170. Il aurait pu et il fut d'ailleurs proposé² que le privilège de procédure soit intégralement détaché du critère de la date de naissance des créances, pour viser directement le seul prix des prestations fournies après le jugement d'ouverture.

¹ La solution n'est pas la même en droit américain où le contrat en cours ne peut être poursuivi qu'à la condition de du paiement intégral des dettes impayées en vertu dudit contrat, y inclus le prix d'une exécution antérieure au jugement d'ouverture de la procédure : J. CHARTIER, avis n°2099, Commission des finances, Assemblée nationale, févr. 2005, en prévision de la loi de sauvegarde, p.41 où est dressé un tableau comparatif du droit américain, du droit positif français de l'époque et du projet de loi alors à l'étude.

² M. BEHAR-TOUCHAIS, article op. cit.

Mais il est contemporanément difficile de s'affranchir en la matière du critère de date de naissance de la créance dans la mesure où le règlement CE n°1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité s'y réfère explicitement en disposant que la loi de l'Etat d'ouverture détermine notamment « *le sort des créances nées après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité* »¹.

C'est plus classiquement la considération des autres sources d'obligations, des sources extracontractuelles, en particulier de la responsabilité délictuelle, qui commande que le critère d'application demeure la date de naissance de la créance.

1171. Henri Carrié² l'écrivait très clairement en 1926. Limiter le privilège aux seuls créanciers qui auraient fourni une prestation serait inique et dangereux. Ce serait inique, car cela conduirait à refuser paiement à toute victime ayant subi un préjudice à l'occasion de la continuation d'exploitation³, à l'occasion de la procédure. Et ce serait dangereux, car alors plus aucune crainte de responsabilité ne reposerait sur les dirigeants durant la procédure de continuation ou de liquidation, si bien qu'ils pourraient être tentés de prendre des risques inconsidérés ou de causer des préjudices à autrui afin de redresser la barre ou encore de payer les créanciers sociaux.

1172. Pour ces raisons, le critère de date de naissance de la créance s'impose. Il s'agit de la créance économique, née au jour de l'exécution de la prestation dans le cas d'un contrat synallagmatique de prestation de service, née simultanément à la créance juridique pour les autres hypothèses. Les autres sources d'obligations qui naissent quant à elles d'un fait et ne voient pas leur naissance économique repoussée du fait de l'anticipation d'une contrepartie future tant que celle-ci n'est pas exécutée. Rappelons que la créance de dommages et intérêts naît au jour du fait dommageable, elle ne naît pas au fur et à mesure de la réalisation des préjudices, même économiquement. En effet, les préjudices ne constituent pas une prestation effectuée, leur survenance ne procure pas plus d'avantages au responsable. Celui-ci tire son profit de la commission de la faute, ce pour quoi il y a correspondance entre les dates de naissance des acceptions économique et juridique de la créance.

1173. D'ailleurs l'ajout récent du critère téléologique soulève un problème similaire remarqué par André Jacquemont⁴. L'auteur se demande si la faute doit avoir été utile pour bénéficier dorénavant du privilège, le nouveau critère exigeant en sus de la date de naissance postérieure que la créance soit utile à la procédure. Et l'auteur se demande comment une dette de responsabilité pourrait être utile à la procédure alors qu'elle n'apporte rien en retour. Elle n'est même pas la contrepartie de la faute puisque, en l'absence de préjudice, il ne saurait y avoir d'indemnité, quand bien même il y aurait faute⁵. Nous voyons ici déjà le caractère parfaitement inadéquat de ce nouveau critère téléologique.

¹ Art. 4 du règlement. Précisons que l'art. 41 dispose quant à la production de créances que le créancier doit indiquer la nature de la créance et « *sa date de naissance* ».

² H. CARRIÉ, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. 1926, p. 41 s., spéc. 43.

³ L'auteur souligne que cela peut arriver en bien des circonstances et fournit plusieurs exemples tirés de la jurisprudence, copie des modèles d'un concurrent par le mandataire (Trib. corr. Seine, 27 juin 1907, *Journ. Faill.* 1907 p. 247), vente d'objets appartenant à un tiers avec les biens du failli (Req. 17 nov. 1932, *D.* 1934, 2, 1, note GAND).

⁴ *Entreprises en difficulté*, op. cit. LexisNexis, n°357.

⁵ Rappelons qu'il existe la nuance des fautes comportant de façon irrémédiable un dommage en leur sein et pour lesquelles la jurisprudence n'exige dès lors pas la preuve d'un préjudice.

B. L'extension de la date de naissance de la créance économique par contraste des effets du privilège de procédure

1174. C'est dans le cadre du privilège de procédure, de la détermination des créances devant bénéficier de l'article 40, que s'applique naturellement l'acception économique de la créance. En réalité, le droit des entreprises en difficulté ne devrait pas connaître que de l'acception économique de la créance. Tout se passe pourtant comme si celle-ci était systématiquement utilisée en la matière, pour la détermination des créanciers antérieurs également. Cela ne s'imposait pourtant pas au plan théorique. C'est par la mécanique du système que la créance économique se trouve appliquée en apparence également pour les créanciers antérieurs. Le régime spécial des créanciers postérieurs emporte l'application par contraste de la créance économique pour déterminer les créanciers antérieurs également.

Il en résulte que la créance juridique, si elle est présente au plan théorique (1), se trouve éludée dans ses manifestations par le régime spécial des créanciers postérieurs faisant usage de la créance économique (2). À ce constat doit être jointe l'observation des points sur lesquels la coloration du régime de la créance économique apparaît par contraste pour déterminer le régime des créanciers antérieurs.

1/ Un régime d'exception éludant les créances juridiques figées dans la procédure

1175. Sur le plan **théorique**, ce n'est pas tout le droit des entreprises en difficulté qui fait application de l'acception économique de la créance. Seule la détermination du privilège de procédure en fait usage. En dehors du privilège de procédure, le droit des entreprises en difficulté fait en réalité application de la créance juridique. L'apparence pratique ne reflète cependant pas cette vérité théorique. Cette dernière conserve toutefois un grand intérêt pour la compréhension du mécanisme et pour le cantonnement de l'application de l'acception économique de la créance. Celle-ci n'est en pratique étendue que par contraste au regard des effets qu'elle génère.

1176. En effet, comme le privilège de procédure déroge de façon globale au régime auquel sont astreintes toutes les dettes figées dans le patrimoine du débiteur en procédure collective, tout se passe en **pratique** comme si l'acception économique de la créance s'appliquait partout et pour tout. En effet, par « privilège de procédure », il ne faut pas seulement entendre le paiement prioritaire des créanciers, érigé en véritable privilège par les textes à l'occasion de la réforme de 2005¹. Il faut entendre de façon plus vaste tout le régime des créanciers postérieurs qui consiste à les affranchir de la discipline de la procédure. Dès lors, bien que l'acception économique de la créance ne s'applique que dans le cadre de la détermination des créances pouvant bénéficier du privilège de procédure, tout se passe comme s'il s'appliquait partout, par contraste sur toutes les règles de la discipline de la procédure auxquelles l'acception économique de la créance permet de déroger.

¹ Grâce à cette nature nouvelle de privilège, en cas de succession de procédures collectives, par exemple dans l'hypothèse d'une résolution du plan de sauvegarde, les prix de livraisons ou de l'occupation d'un local durant la première procédure conserveront leur nature privilégiée à l'occasion de la seconde procédure. Par contre, les livraisons et prestations intercalaires, effectuées entre la clôture de la première procédure collective et l'ouverture de la seconde, ne bénéficieront pas du privilège de procédure, quand bien même le contrat auquel elles seraient afférentes aura été souscrit durant la première.

1177. Ceci explique que les échéances postérieures doivent être déclarées, y compris pour les contrats à exécution successive dont les échéances correspondent en réalité au prix d'une exécution postérieure. Cela est nécessaire au mandataire pour évaluer la situation. Mais le défaut de déclaration se trouve de facto inhibé par le privilège de procédure pour la portion relative au prix de l'exécution postérieure au jugement d'ouverture. Ainsi, le régime exceptionnel de l'acception économique de la créance en droit des procédures collectives masque la composition du patrimoine figé, des dettes juridiques. Tout se passe en pratique comme s'il n'y avait que des créances économiques partout. Tel n'est pas le cas sur le plan de la compréhension théorique où l'utilisation de l'acception économique de la créance se trouve en fait limitée au privilège de procédure.

Par exemple, la commande antérieure d'un bien donne lieu à une créance de prix qui doit être déclarée. Mais, du fait de la livraison postérieure, cette créance bénéficiera du privilège de procédure de telle sorte que le défaut de déclaration ne sera pas sanctionné.

L'exemple peut pareillement se décliner pour un contrat à exécution successive en prenant pour illustration un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 12 janvier 2010¹. La créance de prix dans un contrat de crédit-bail avait fait l'objet d'une déclaration irrégulière et la Cour d'appel avait en conséquence prononcé l'extinction de la créance au motif qu'il s'agissait d'une créance née pour le tout au jour du contrat avant le jugement d'ouverture de la procédure. L'arrêt est cassé, car « *la créance relative aux loyers du crédit-bail dus pour la période de jouissance suivant l'ouverture du redressement judiciaire constituait une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture, qui n'était pas soumise à l'obligation de déclaration* ». Nous pourrions préciser à présent que le prix de la jouissance postérieure correspond à une créance économiquement postérieure, bien que née juridiquement avant, ce qui l'affranchit de la sanction du défaut de déclaration.

La suppression par la réforme du 26 juillet 2005 de la sanction de l'extinction de la créance non déclarée va dans ce sens. Cette extinction se prêtait mal à l'application du raisonnement. L'acception économique de la créance faisait ressusciter une portion de créance, celle correspondant à l'exécution postérieure à l'ouverture de la procédure. La sanction nouvelle de l'inopposabilité se prête parfaitement au raisonnement, car l'inopposabilité partielle d'une créance s'accepte mieux que sa résurrection partielle.

C'est donc par exception au régime commun des dettes d'un débiteur sous le coup d'une procédure collective que l'acception économique s'appliquera en pratique par contraste à toutes les composantes du régime de la procédure auxquelles sont astreintes les dettes juridiques qui y sont soumises.

¹ Com. 12 janv. 2010 n°08-21456, P.

2/ L'utilité par contraste du critère de date de naissance de la créance économique

1178. Le droit des procédures collectives représente un ensemble cohérent dont le privilège de procédure s'avère être une pièce centrale. En effet, les créances dotées de ce privilège, celles inhérentes à l'existence du patrimoine affecté au redressement ou à la liquidation de l'entreprise, échappent au régime auquel est astreint le patrimoine figé. Les expressions consacrées avant la loi de 1985 retrouvent tout leur sens. Elles n'étaient pas nécessairement inhérentes à la personnalité de la masse. Celle-ci constituait d'ailleurs une fiction qui représentait une réalité à bien des égards. Il y a nécessairement distinction entre les opérations antérieures qui sont sous le coup de la discipline de la procédure et les opérations postérieures qui sont faites en principe en vue de redresser ou de liquider dans les meilleures conditions possibles.

Pour ces raisons, le privilège de procédure contraste mécaniquement avec les dispositions inhérentes aux créances qui n'en bénéficient pas et l'acceptation de la créance se répand alors à nombre d'autres mécanismes des procédures collectives. On pense immédiatement à ceux qui forment la discipline de la procédure (a), mais cela concerne également les comités de créanciers instaurés par la réforme de 2005 (b) ou encore la couverture de l'AGS (c).

a) La discipline de la procédure

1179. Les créances antérieures sont en réalité les créances qui ne sont pas privilégiées. Si nous entendons le critiquer et prôner sa disparition, le nouveau critère téléologique, ajouté à la date de naissance de la créance pour déterminer le privilège de procédure, a eu pour avantage de faire ressortir cette vérité, remplaçant leur désignation sous le vocable de « créanciers antérieurs » par celui de « *créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17* »¹.

La discipline de la procédure touche les créances dans le patrimoine du débiteur, au sens d'Aubry et Rau, au jour de sa cristallisation par le jugement d'ouverture. Elle touche donc des créances juridiques, mais retranchées par le privilège de procédure faisant application de la créance économique, tout se passe comme si c'était des créances économiques et non pas juridiques qui étaient visées. Nous ne ferons qu'énoncer les éléments de cette discipline qui ne sont que l'incarnation de la fixation du patrimoine, de sa dégénérescence en un patrimoine affecté au redressement ou à la liquidation de l'entreprise.

Tout paiement volontaire d'une créance antérieure est nul² et donne lieu à restitution. Tout paiement forcé se trouve également bloqué par le principe de suspension des voies d'exécution visant au paiement d'une créance³. L'inscription de nouvelles sûretés réelles pour le paiement d'une

¹ Art. L. 622-21 du Code de commerce disposant de la suspension des poursuites à l'ouverture de la procédure collective.

² Art. L. 622-7 du Code de commerce.

³ Art. L. 622-21 du Code de commerce.

créance antérieure se trouve également paralysée¹. Le cours des intérêts, les majorations et pénalités de retard sont suspendues². Enfin, les créanciers antérieurs doivent déclarer leurs créances³ sous peine, autrefois d'extinction, d'inopposabilité depuis la réforme de 2005⁴.

b) Les comités de créanciers

1180. L'utilisation de la créance économique par contraste, par soustraction de la créance juridique, se retrouve également pour déterminer la composition des comités de créanciers et le montant de leurs créances prises en compte pour le calcul de la majorité.

Ces comités constituent une innovation de la réforme de 2005⁵ dont disposent les articles L. 626-29 et suivants du Code de commerce. Ils visent à faire participer activement les créanciers au sort de l'entreprise en regroupant les principaux d'entre eux au sein de trois comités, banques, fournisseurs⁶, obligataires. Ces comités se prononcent à la majorité des deux tiers sur l'adoption d'un plan de sauvegarde proposé par le débiteur⁷ et qui sera par la suite homologué par le tribunal de commerce après vérification de la bonne prise en compte de tous les intérêts en présence.

Concernant la composition de ces comités de créanciers, l'article L. 626-30 du Code de commerce la détermine par référence aux créanciers antérieurs. L'article 165 du Décret du 28 décembre 2005 précise que doit être pris en compte « *le montant des créances hors taxes existant à la date du jugement d'ouverture* ».

Les créanciers privilégiés n'ont pas de raison d'être concernés par le plan, car ils seront en principe payés à l'échéance dans l'hypothèse de l'adoption d'un plan de sauvegarde, d'une continuité d'exploitation. Ici réside la raison théorique et profonde. Puisque les créances économiques nées après l'ouverture de la procédure sont exclues, ce ne peut être dès lors que les seules créances économiques antérieures qui seront prises en compte pour la composition de ces comités. C'est bien le passif économiquement né au jour de l'ouverture de la procédure collective qui fera l'objet d'un plan de sauvegarde avec d'éventuels aménagements et modalités de paiement donnant le souffle nécessaire pour maintenir puis redresser l'activité.

À ces arguments s'ajoute une considération pratique d'ordre comptable. Comme le font remarquer Guilhem Bremond et Estelle Scholastique, ce seront les données comptables qui seront utilisées pour

¹ Art. L. 622-30 du Code de commerce.

² Art. L. 622-28 du Code de commerce, pour les dettes à court et moyen terme, de moins d'un an.

³ Art. L. 622-24 du Code de commerce.

⁴ Art. L. 622-26 du Code de commerce. Sauf relevé de forclusion, ils ne peuvent alors participer aux distributions de dividendes ayant lieu à l'issue de la procédure.

⁵ Inspirée du droit fédéral américain et rappelant le concordat sous la loi du 13 juillet 1967.

⁶ De droit pour ceux dont la créance excède 5% du total HT des créances fournisseurs, facultatif pour les autres.

⁷ Le débiteur et l'administrateur consultent les comités pour l'établissement du projet de plan de sauvegarde. Les créanciers peuvent émettre des propositions. Seuls les créanciers membres du comité et concernés (par des sacrifices) par le projet de plan participent au vote. Les majoritaires peuvent donc imposer aux minoritaires des sacrifices qu'ils ne souhaitent pas à condition que ceux-ci soient bien décidés par le débiteur et l'administrateur et par conséquent mentionnés au projet de plan. Les autres créanciers sont simplement consultés individuellement. Si les créanciers participent ainsi à l'élaboration et à l'adoption du plan de sauvegarde, la procédure demeure judiciaire en ce que seul le Tribunal entérine le plan et conserve d'ailleurs toute latitude sur la question.

déterminer les membres des comités de créanciers et le montant de leurs créances¹. Or, comme nous l'avons fait remarquer à plusieurs reprises en fin de première partie et en début de seconde partie, le droit comptable ne fait pas application de la créance juridique, mais de l'acceptation économique de la créance. Les comités seront donc de toutes les façons en pratique déterminés par l'utilisation de la créance économique indépendamment de toute réflexion sur le terrain de la théorie du droit des procédures collectives.

Pour ces raisons, il nous semble qu'Alain Lienhard illustre cette question par l'utilisation de l'acceptation économique de la créance. L'auteur prend en effet l'exemple d'un contrat de crédit-bail conclu antérieurement, mais dont l'exécution, entamée avant, se poursuit après le jugement d'ouverture. Et l'auteur explique que les créances postérieures correspondant à l'exécution postérieure ne seront pas prises en compte dans le calcul du vote du créancier concerné².

c) L'AGS

1181. Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que la détermination des créances couvertes par l'AGS donnait lieu à application de la thèse matérialiste de la date de naissance de la créance, manifestation de l'acceptation économique de la créance.

S'il en va ainsi, c'est en réalité parce qu'il y a complémentarité entre l'AGS et le bénéfice du privilège de procédure de l'ancien article 40³, si bien la détermination des sommes couvertes par l'AGS fait nécessairement appel au même critère que ce dernier, la date de naissance de la créance économique.

L'AGS s'assure du paiement rapide des salaires. Mais le privilège de procédure assure le paiement comptant des créances économiques nées après le jugement d'ouverture. C'est pourquoi l'AGS se cantonne en principe aux seules créances antérieures à ce dernier, les créances qui ne sont pas payées du fait de la suspension des poursuites engendrée par le jugement d'ouverture. C'est donc encore une fois par contraste que l'AGS utilise le même critère que le privilège de procédure, car elle couvre les créances dont le paiement n'est pas assuré par ce dernier.

Ce ne fut qu'avec la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises que la garantie de l'AGS fut étendue à aux créances postérieures⁴ dans l'hypothèse d'un jugement de liquidation judiciaire. En effet, en pareille hypothèse, les salaires postérieurs ne sont plus payés à l'échéance et le privilège dont ils bénéficient ne suffit pas pour assurer un paiement suffisamment rapide. Sont également couvertes les créances nées de la rupture des contrats de travail, car celles-ci sont expressément exclues du privilège de l'ancien article 40 depuis la réforme de 1994.

¹ G. BREMOND et E. SCHOLASTIQUE, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire », *JCP E* 2006 1405

² A. LIENHARD, *Procédures collectives*, Delmas 2011/2012, n°82.30.

³ R. VATINET, in colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, op. cit., p. 19, n°8 : l'auteur regroupe AGS et anc. art. 40 sous la bannière des procédures collectives car il est vrai que l'AGS ne peut être sollicitée que dans cette hypothèse, d'où son lien évident avec l'anc. art. 40.

⁴ J. PELISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 20^e éd., 2000, n°1033.

Pour cette raison de complémentarité du privilège de procédure lorsqu'il permet un paiement comptant et de la couverture par les AGS qui permet de pallier l'absence de celui-ci, l'utilisation de la même acception de la créance doit être opérée, la créance économique « *nées de l'exécution du contrat* » de travail¹.

Si le privilège de procédure et l'acception de la créance qu'il utilise s'étend au sein et dans le cadre de la procédure collective à d'autres mécanismes inhérents au système et qui s'articulent avec lui, il nous semble que nous pouvons envisager aussi une extension externe, l'admission d'un privilège de procédure là où aucun texte ne le prévoit. En effet, il nous apparaît au final que ce privilège est naturel, la couverture par un patrimoine d'affectation des créances inhérentes à son existence, dès lors, et vu sous cet angle, le privilège de procédure pourrait peut-être être admis dans d'autres procédures collectives, nous pensons à la procédure de surendettement ainsi qu'à la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net en droit des successions.

§ 2 : L'exclusivité du critère objectif de créance économique

1182. Outre qu'il est naturel comme nous avons pu le soulever, le critère de la date de naissance de la créance économique présente la qualité d'être un critère « *objectif* »². Or, en la matière et pour les raisons que nous allons voir, tout critère subjectif est à bannir, seul un critère objectif peut être utilisé. C'est la raison pour laquelle le nouveau critère téléologique de l'utilité de la créance nous semble être une fausse bonne idée. Nous pensons qu'il doit rester lettre morte et que la jurisprudence s'est d'ailleurs déjà orientée vers cette voie, en attendant sa suppression.

1183. Nous pouvons d'emblée soulever le caractère inapproprié et peu naturel du critère téléologique. Les textes recèlent certaines incohérences à son égard, ce qui montre que son adoption engendre une inutile complexification.

Par exemple, le critère téléologique disparaît en matière de fiducie lorsqu'il s'agit d'articuler celle-ci avec la procédure collective du constituant dans l'hypothèse de contrats de mise à disposition des biens transférés en fiducie. Si en principe la mise en œuvre de la fiducie-sûreté n'est pas entravée par l'ouverture d'une procédure collective, à tout le moins est-elle ralentie lorsque les biens transférés en fiducie font l'objet de conventions de mise à disposition. Ce ralentissement ne dure bien évidemment que la phase de redressement, car il vise à préserver une chance d'amélioration de la situation en ne privant pas le constituant en procédure des biens nécessaires à la poursuite de son exploitation. L'article L. 622-23-1 bloque ainsi la mise en œuvre de la fiducie en empêchant tout transfert ou toute cession de ces biens en fiducie, mais faisant l'objet d'un contrat de mise à disposition, pour le « *paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture* ». Or, comme le remarque

¹ D. CORRIGNAN-CARSIN, « Contrat de travail à durée déterminée », *Rép. Dalloz*, 2008, n°288.

² G. JAZOTTES, « Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36, l'auteur comparant l'ancien critère objectif de date de naissance de la créance au nouveau critère subjectif de finalité de la créance, d'utilité pour la procédure.

Laurent Aynès, il s'ensuit a contrario que « *la réalisation d'une fiducie-sûreté est possible en cas de défaut de paiement d'une créance postérieure même non utile* »¹. Le critère téléologique de l'utilité des biens a ici disparu.

Autre exemple, en matière de composition des comités de créanciers, l'article L. 626-30 du Code de commerce détermine la composition des comités de créanciers « *au vu des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure* ». Le critère téléologique n'est de toute évidence plus présent ici. Les créanciers postérieurs non privilégiés ne feront pas partie des comités de créanciers². Il en découle d'ailleurs que les créanciers postérieurs non privilégiés sont doublement sanctionnés. Ne bénéficiant pas du privilège de procédure, ils ne participeront pas non plus aux décisions collectives prises par ces comités quant à l'adoption ou le rejet des plans proposés par le débiteur.

Le nouveau critère téléologique constitue en réalité une fausse bonne idée. Il pourrait même s'avérer dangereux pour le crédit de l'entreprise soumise à une procédure collective (A). Au demeurant, le critère téléologique était inutile, car les problèmes ayant présidé à son adoption auraient pu se résoudre par un autre biais (B).

A. Appréciation critique du nouveau critère téléologique subjectif adjoint

1184. Si le critère de date de naissance de la créance économique s'impose, c'est parce qu'il est naturel que les créanciers qui alimentent le patrimoine affecté au redressement ou à la liquidation de l'entreprise aient droit à un paiement systématique, voire exclusif, à tout le moins prioritaire sur ledit patrimoine. Nous y voyons un aspect de ce qui pourrait être appelé une théorie générale du patrimoine d'affectation. L'équité, l'égalité entre les créanciers « du » patrimoine affecté, commande qu'aucun critère subjectif qui serait tiré par exemple de la finalité de la créance ne vienne entraver la mise en œuvre du critère naturel et objectif, la naissance économique de la créance durant le temps d'existence du patrimoine d'affectation.

1185. Ce n'est pourtant pas dans ce sens que s'est malencontreusement orientée la réforme du 26 juillet 2005 du droit des entreprises en difficulté. La doctrine³ et le rapport pour 2002 de la Cour de cassation avaient estimé que trop de créanciers bénéficiaient du privilège de procédure et qu'il apparaissait excessif que le paiement prioritaire soit accordé du seul fait de la naissance postérieure de la créance.

¹ L. AYNÈS, « Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant*, Dalloz 2011, p. 63.

² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action 2010/2011, n°552.22.

³ « Créanciers postérieurs », *Rev. proc. Coll.* 2005 p. 221 « *Le législateur complète ainsi le critère chronologique... par un critère issu de la finalité de la créance... le passif privilégié est ainsi cantonné aux créances utiles à la poursuite de l'activité ou à la procédure elle-même* ». Des auteurs proposent même de remplacer complètement le critère de date de naissance de la créance par celui d'utilité de la créance. J. VALLANSAN, *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, n°119 et 347, sur le fondement de l'utilité économique et pour encourager les partenaires. D. VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ 2007, n°320, pour qui législateur aurait pu faire l'économie de la date de naissance de la créance en ne retenant que les critères de régularité et d'utilité de la créance.

Outre que l'adjonction de ce critère est pour nous, dans l'absolu, contre nature, il représente un facteur de complexification conséquent du droit des entreprises en difficulté, mais aussi un facteur de déresponsabilisation des organes de la procédure par le sacrifice des créanciers. Il ne peut, pensons-nous, en résulter qu'une insécurité juridique patente et une perte de crédit des créanciers, si bien que la finalité prétendue de la réforme pourrait avoir un résultat opposé à ce qui avait été souhaité sur le terrain, avantager les créanciers privilégiés. Ainsi, lorsque les créanciers en prendront conscience en se heurtant à cette réalité, ils ne prendront plus le risque de fournir une entreprise en difficulté. Ces dernières seront alors inévitablement vouées à une liquidation, au surplus inefficace. Ceci au détriment à la fois de l'intérêt commun commandant la recherche du redressement de l'entreprise et des créanciers sociaux commandant la poursuite un temps de l'activité pour valoriser au mieux les actifs à liquider, dont le fonds de commerce. Au final, ce n'était pas une loi de sauvegarde, mais de coulage, nous semble-t-il. Fort heureusement, l'intention initiale d'appliquer le critère téléologique à toutes les créances postérieures n'a au final pas été retenue dans le texte final et la jurisprudence veille à juguler le surplus d'incohérence.

Le nouvel art. L. 622-17 du Code de commerce dispose que le privilège concerne les créances « *nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* ». Un doute pourrait demeurer quant à l'interprétation du texte. Le prix des prestations fournies durant la procédure est-il lui aussi soumis au nouveau critère téléologique subjectif, les prestations fournies doivent-elles avoir été utiles à la procédure ? Nous verrons que non au final, mais que telle n'était pas l'intention initiale du législateur. L'intention initiale, sous l'impulsion de la doctrine et du rapport de la cour de cassation pour 2002 était d'appliquer ce critère téléologique finaliste à toutes les créances sans distinction, y compris aux créances postérieures. Nous ne pouvons que critiquer sur le plan absolu l'utilisation d'un critère subjectif. Seul le critère objectif de la date de naissance de la créance doit d'après nous être utilisé. Mais nous critiquons surtout l'intention d'appliquer ce critère aux fournitures de prestations. Cette intention se retrouve d'ailleurs encore en doctrine, car rares sont les auteurs qui distinguent entre le prix d'une prestation et les autres créances.

Deux interprétations peuvent être faites de l'article L. 622-17. Soit, conformément à l'intention originelle, le critère téléologique s'applique à toutes les créances postérieures, y compris au prix de fournitures de biens ou de services durant la procédure, si bien que les prestations inutiles ne voient pas leur prix privilégié. Soit le critère téléologique s'applique aux créances postérieures autres qu'aux prix de prestations fournies durant la procédure. La doctrine est particulièrement floue. Nous combattons sur deux terrains simultanément.

Si le critère téléologique doit être appliqué aux prix de prestations postérieures, nous ne pouvons qu'en faire une verte critique (1). Mais, pour notre part, nous estimons qu'il ne s'applique pas aux prestations fournies durant la procédure qui seront systématiquement privilégiées pour le paiement de leur prix (2). Ce refoulement du critère téléologique n'est pas sans conséquences qu'il convient de relever (3).

1/ Les dangers du nouveau critère téléologique

1186. Il résulte des nouveaux textes, que le législateur avait l'intention initiale d'appliquer le critère adjoint d'utilité de la créance à toutes les créances, y compris à celles issues de contrats à exécution successive qui ne peuvent, nous semble-t-il que concerner des contrats de fournitures de biens et de prestations de services. Outre la doctrine¹, qui le plus souvent présente le critère téléologique comme général, comme s'appliquant cumulativement à toutes les créances, les textes trahissent clairement cette intention. Les textes prévoient en effet dorénavant que des créances postérieures peuvent être soumises à la discipline de la procédure, ne peuvent être payées, doivent être déclarées, ce qui ne va pas sans un aménagement indispensable², et bien inconfortable d'ailleurs. Plus spécifiques, les articles L. 622-24 al. 5 et R. 622-22 du Code de commerce prévoient ce cas de figure pour des contrats à exécution successive.

Il résulte donc des textes nouveaux que des contrats à exécution successive peuvent donner lieu à des créances postérieures qui ne seraient pas jugées utiles pour la procédure. Or, de quels types de contrats à exécution successive pourrait-il s'agir si ce n'est de contrats de fournitures de biens et de services au profit de l'entreprise en difficulté ?

L'utilisation d'un tel critère d'utilité ne peut qu'être rejetée, dans l'absolu, mais surtout pour les fournitures de biens et de services durant la procédure au profit de l'entreprise en difficulté. Cela ouvre une boîte de Pandore dont deux maux principaux sortiront et précipiteront le redressement vers l'échec et la liquidation vers une dilapidation, le sacrifice des créanciers de la procédure d'une part, la déresponsabilisation des organes de la procédure d'autre part.

Autrement exprimé, **les créanciers sont ici sacrifiés (a) sur l'autel d'une déresponsabilisation des organes de la procédure (b).**

a) Le sacrifice des créanciers de la procédure

1187. L'insécurité³ la plus totale règne sur les créanciers de la procédure quant au sort de la créance.

En premier lieu, aucun créancier ne sera volontairement inutile, car cela implique en principe l'absence totale de paiement pour les prestations qu'il fournit. Dès lors, si des créances inutiles peuvent exister, c'est nécessairement par surprise, ces créances ne seront qu'*a posteriori* jugées inutiles. Il est donc impossible pour le créancier qui fournit une prestation de savoir, avant qu'il ne la fournisse, si celle-ci est réellement utile pour la procédure ou non, s'il bénéficiera ou non du privilège de procédure. Il ne sait pas au moment où il fournit sa prestation s'il sera payé ou non. Une fois qu'ils auront pris conscience de cette incertitude quant au bénéfice du privilège de procédure, ils

¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, article préc. Les auteurs sont souvent évasifs sur l'interprétation de l'art. L. 622-17 du Code de commerce. A. LIENHARD, *Droit des entreprises en difficulté*, Delmas 2010.

² Par exemple, le délai pour déclarer court à compter de la date d'exigibilité et non pas à compter du jugement d'ouverture.

³ Contra, G. JAZOTTES, « Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36, qui estime que la cumul de critère objectif et subjectif apporte ici sécurité juridique.

cesseront de fournir l'entreprise en difficulté. Et un paiement comptant ne peut pas palier ce problème, car une créance payée et par la suite jugée inutile donnera lieu à restitution.

En second lieu, le critère téléologique ne pourra qu'être source de diverses controverses dans sa mise en œuvre. Une première, remarquée par les auteurs, réside dans le point de savoir à quelle date il convient d'apprécier l'utilité¹. Pour Philippe Pétel², c'est l'utilité du fait générateur et non pas la créance elle-même qu'il convient de prendre en compte, et l'auteur précise qu'il entend par là son utilité potentielle a priori et non pas son utilité réelle a posteriori. L'auteur observe qu'à défaut le privilège serait trop incertain pour être incitatif. Mais, remarquons-nous, dans la mesure où ces points de doutes existent et ne sont pas levés, le privilège est déjà trop incertain pour être incitatif ! Il ne remplit plus sa fonction cardinale première, conserver le crédit de l'entreprise en procédure collective. Il est possible d'en anticiper d'autres controverses, avec au centre le rôle du mandataire. Une décision de poursuivre le contrat par le mandataire serait-elle compatible avec une qualification a posteriori, après exécution, en créance inutile alors que le tiers cocontractant s'était trouvé forcé de poursuivre l'exécution ?

1188. L'incertitude est d'autant plus dangereuse qu'il est impossible pour ces créanciers de déclarer leurs créances à titre conservatoire, pour le cas où elles ne seraient pas jugées utiles, car alors l'autorité de chose jugée du jugement d'admission la transformerait définitivement en créance antérieure non privilégiée³.

L'exigence d'un paiement comptant ne sera pas même une sécurité puisque la qualification a posteriori de créance antérieure permet l'annulation du paiement et la restitution du prix.

1189. Cette insécurité du créancier fournisseur de l'entreprise en procédure est d'autant plus alarmante que d'autres dispositions sont venues l'accentuer.

Ainsi, Michel Jeantin et Paul Le Cannu⁴ remarquent la triple dégradation quant à la situation des créanciers postérieurs. Le critère téléologique est bien entendu soulevé en premier lieu, tous les créanciers postérieurs ne seront pas nécessairement privilégiés si leur créance s'est avérée inutile pour la procédure. En second lieu, les effets du privilège sont également entamés, car deux nouvelles catégories de créanciers passeront dorénavant avant les créanciers postérieurs, même utiles. Enfin, les créanciers postérieurs utiles se voient en sus assujettis à une forme de déclaration de leur créance puisqu'ils ont dorénavant l'obligation de porter leurs créances à la connaissance du mandataire à défaut de quoi ils perdent leur privilège⁵.

¹ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, n°765.

² P. PETEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP G* 2005, 1509, n°83.

³ Com. 3 mai 2011, n°10-18031, P : la décision irrévocable d'admission d'une créance au passif ayant autorité de chose jugée quant à la date de naissance de la créance déclarée, son antériorité par rapport à la date d'ouverture de la procédure collective ne peut plus être contestée. Or, en l'espèce le créancier avait vendu un bien au failli. Le contrat de vente et la livraison étaient postérieurs, si bien qu'il ne pouvait y avoir de doute sur le caractère privilégié de la créance et malheureux de sa déclaration.

⁴ M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, n°765.

⁵ Rapport Roux, AN févr. 2005, p. 220. L'objectif visé par cette déclaration est d'accélérer les procédures et permettre une distribution plus rapide des fonds. En effet, auparavant les liquidateurs trainaient avant de distribuer du fait de leur méconnaissance des créanciers postérieurs et privilégiés susceptibles d'engager leur responsabilité.

C'est dire que le crédit de l'entreprise en difficulté n'a plus beaucoup de contenance. Non seulement le créancier ne sait pas si sa créance sera privilégiée au moment où ses prestations sont fournies, mais en plus le privilège lui apporte nettement moins la certitude d'être payé du fait du nombre de personnes qui passent dorénavant devant lui. Sans compter qu'il omettra parfois de déclarer son privilège au mandataire, en perdant ainsi le bénéfice.

Le dernier dispositif est intéressant. Comment le mandataire peut-il ignorer l'existence de créances nées de prestations fournies à l'entreprise durant la procédure alors que c'est lui qui la gère pendant ce temps ? Non seulement la loi admet qu'il puisse les ignorer, mais en plus elle fait peser sur les créanciers le prix de cette ignorance, puisqu'ils doivent informer le mandataire à défaut de quoi ils perdent leur privilège. N'est-ce pas là déjà faire payer aux créanciers l'indigence du mandataire judiciaire ?

b) La déresponsabilisation des organes de la procédure

1190. En faisant peser sur les créanciers postérieurs le risque de méconnaissance de leur existence, on transfère déjà sur la tête des créanciers des obligations qui incombent normalement, naturellement à l'administrateur. Les auteurs¹ remarquent d'ailleurs le problème en ce qu'ils proposent de faire peser sur celui-ci une obligation d'information des créanciers privilégiés d'avoir à déclarer leur privilège, car « *l'esprit de la loi n'est pas de "piéger" les créanciers négligents, mais seulement d'assurer la sécurité des répartitions* », et le mandataire qui y conviendrait engagerait sa responsabilité. C'est donc, nous semble-t-il, que le problème n'a pas été clairement identifié et que la solution, une obligation de déclaration du privilège, est des plus mal choisie. Tel est également le cas avec le critère téléologique.

1191. Le phénomène n'est-il pas que légal. Marc Billiau² en fait l'observation à l'occasion d'un arrêt récent où la chambre commerciale de la Cour de cassation considère qu'un paiement effectué par un organe en violation des règles de l'égalité des créanciers constitue un paiement indu qui doit être restitué. La solution ne va pas de soi au regard du régime des obligations, car, en principe, un paiement n'est indu qu'en l'absence de créance, ce qui n'était pas le cas ici. Comme l'observe M. Billiau, c'est la responsabilité de l'organe de la procédure qui aurait dû être actionnée et non pas le créancier sur le fondement de la répétition de l'indu. Nous ajouterons qu'en l'espèce le créancier ne pourra pas agir en responsabilité contre l'organe de la procédure, à défaut de préjudice concret. L'organe ayant effectué le paiement à tort se trouve donc blanchi de toute responsabilité pour ses erreurs, alors qu'il est judiciairement nommé, que le débiteur en faillite ne peut le choisir et qu'il est rémunéré par ce dernier avant tous les autres créanciers qui, visiblement, comble du comble, font les frais de ses erreurs !

¹ P. PETEL et J.-L. BRENAC, « Les créances de procédure », *Rev. proc. Coll.* n°2, avr. 2008, dossier 7.

² *JCP G* 2009, 228, chr., à propos de com. 12 mai 2009 n°08-11421, P.

1192. Ce n'est pas au créancier de gérer l'entreprise en difficulté de son débiteur. Il n'en a ni la connaissance, ni le pouvoir, ni la légitimité. Cette tâche revient aux organes de la procédure¹. C'est donc aux organes de la procédure de déterminer l'utilité d'un contrat, en admettant, ce que nous dénonçons, que le critère téléologique nouveau s'applique aux contrats en cours.

Messieux Jeantin et Le Cannu² soulignent qu'une erreur d'appréciation du mandataire judiciaire quant à l'utilité des contrats poursuivis n'est pas à exclure. Ils relèvent que cela arrivera d'autant plus lorsque le contrat est continué sans que l'administrateur n'ait eu à se prononcer sur son sort. Et les auteurs remarquent qu'alors le créancier ne bénéficiera, d'après eux, pas du privilège de procédure des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce.

C'est faire peser sur le créancier le devoir de faire le départ entre les contrats utiles et inutiles afin qu'il détermine si le sien est utile. Comment le pourrait-il, il ne connaît pas tous les paramètres. C'est là un travail d'évaluation juridico-économique pour lequel il n'est pas rémunéré. Pire, quand bien même son contrat en cours serait inutile pour la procédure qu'il ne pourrait le stopper en cas d'avis contraire du mandataire de justice qui peut le forcer à poursuivre le contrat. Ce n'est pas au créancier d'effectuer ce travail, c'est au mandataire judiciaire qualifié, informé, habilité et rémunéré pour cela ! Le critère téléologique fait donc peser sur le créancier l'indigence du mandataire judiciaire³. En effet, si des contrats inutiles sont continués ou passés, qui est le véritable fautif, le créancier ou celui qui gère la société, le mandataire ? Le second à l'évidence !

1193. Ces propos peuvent être nuancés. Encore faut-il que le **régime des contrats en cours** soit en osmose avec le régime du privilège de procédure, ce qui n'est pas tout à fait le cas, ou du moins peut-il l'être à la condition d'une **interprétation dorénavant extensive des pouvoirs du liquidateur quant à la résiliation des contrats en cours**. Rappelons que contrat en cours et privilège de procédure constituent les deux faces d'une même pièce. C'est parce que le prix des prestations fournies après le jugement d'ouverture est privilégié que la poursuite des contrats en cours peut se faire et peut même être forcée. Pour que la complémentarité soit maintenue, il faut que le mandataire puisse résilier des contrats en cours inutiles à la procédure puisque ces contrats ne bénéficient pas du privilège de procédure. Tel n'est pas tout à fait le cas en l'état des textes. L'art. L. 622-13 du Code de commerce aménage deux cas de rupture du contrat en l'absence de demande du créancier en ce sens. Tout d'abord, les contrats à exécution successive peuvent être résiliés par le mandataire s'il estime qu'il n'aurait pas les fonds prévisionnels nécessaires pour en assurer le paiement. Toutefois, la condition, impossibilité prévisible de payer, n'a rien à voir ici avec l'utilité du contrat. À suivre la lettre du texte, si le contrat est inutile, mais que la trésorerie est présente, le contrat ne peut être résilié. Ensuite tout contrat peut être résilié par le juge commissaire sur demande de l'administrateur à condition que cette résiliation soit « *nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ». C'est, nous semble-t-il, par une interprétation extensive de ce fondement qu'il faut passer ici. Si le critère téléologique devait s'appliquer aux contrats en cours, il faudrait nécessairement que la résiliation d'un contrat en cours inutile soit mécaniquement nécessaire à la sauvegarde du débiteur et qu'il soit considéré. Ce qui à l'évidence ne

¹ Qui sont mieux informés, Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *mél. GHESTIN*, p. 405.

² n°712.

³ Pour des développements clairement en ce sens, voir P.-M. LE CORRE, *Dalloz action*, n°452-30 et s.

va certes pas de soi, comme ne portant pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant, afin que la résiliation puisse en être obtenue par le mandataire sur demande adressée au juge-commissaire.

1194. Mais voilà que pour un auteur, Philippe Pétel¹, cette possibilité de résilier tout contrat sur demande au juge-commissaire par l'administrateur judiciaire « *ouvre la porte aux pires abus* ». Pourtant, il faut bien laisser à l'administrateur le pouvoir de déterminer les contrats utiles ou non et d'agir en conséquence. Cela ne signifie pas cependant que l'auteur ait d'après nous tort, mais simplement que, si le problème réside dans la probité des administrateurs, il ne faut pas trouver la solution en le reportant sur le créancier via l'adjonction d'un critère téléologique subjectif. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que les administrateurs judiciaires se réjouissent de l'adoption de ce nouveau critère d'ordre téléologique² qui valide quelque part leur incurie et en fait peser les conséquences sur les créanciers qui alimentent la procédure là où l'administrateur fautif pèse financièrement sur elle.

Cette méfiance à l'égard des administrateurs³ se trouve d'ailleurs aujourd'hui dans la loi qui instaure à l'art. L. 622-20 du Code de commerce un créancier contrôleur pouvant agir au nom de la collectivité des créanciers en cas de carence du mandataire. Que contrôle ce nouvel intervenant, si ce n'est le travail du mandataire judiciaire ?

1195. Enfin, un récent arrêt donne une substance aux créances postérieures exclues par application du critère téléologique et illustre parfaitement les dangers de cette exclusion. Dans un arrêt du **18 juin 2013**, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir **refusé le privilège de procédure** et par conséquent le droit au paiement pour une **dette de responsabilité de malfaçons et de non-façons nées à l'occasion de travaux exécutés de façon défectueuse par l'entreprise en redressement après le jugement d'ouverture**⁴.

La solution est **doublement dangereuse**, à la fois eu égard à l'intérêt général et aux chances de redressement de l'entreprise.

Nous retrouvons ici un mouvement de **déresponsabilisation** au sens propre du terme puisque l'entreprise ne serait pour ainsi dire plus responsable des fautes commises à l'occasion des contrats exécutés durant la procédure collective. Il pourra s'ensuivre des prises de risques inconsidérés sources de préjudices pour autrui, tant pour les biens que pour les personnes.

¹ P. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté, acte II, commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP G* 2009 I 110.

² R. VALLIOT, « La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : le point de vue de l'administrateur judiciaire – mandataire ad hoc et conciliateur », *JCP G* 2005 1515, l'auteur dénonce le gonflement de l'art. 40, mais ne cite aucune jurisprudence en référence. Gonflement virtuel.

³ Pour un exemple de faute commise par un liquidateur qui avait poursuivi l'activité de façon illicite, Tribunal de Commerce de Bordeaux, 10 juill. 2009, RG n°2006F00330-2008F00968. L'exemple illustre d'après nous le critère inapproprié du critère téléologique. D'une part la poursuite illicite de l'activité génère nécessairement des créanciers de la procédure dont la créance pourra être jugée a posteriori avoir été inutile. D'autre part, une partie de la doctrine milite de toutes les façons pour qu'il n'y ait pas de créances privilégiées en cas d'absence de poursuite de l'activité. L'activité illégalement poursuivie aurait alors engendré des créanciers postérieurs non privilégiés par la faute du liquidateur.

⁴ Com. 18 juin 2013, n°12-18420, P.

De plus, la décision jette le discrédit total sur la qualité du travail accompli par une société sous le coup d'une procédure collective, ce qui dissuadera tout client de faire appel à elle et convaincra les clients actuels de contrats en cours de rompre la relation contractuelle pour achever faire achever les prestations, les travaux en cours auprès de concurrents. Or, si **l'entreprise en redressement a besoin** de ses fournisseurs, tout le monde s'accordera qu'elle a tout autant, si ce n'est davantage, besoin **de clients**.

Cette solution apportée par le nouveau critère téléologique s'avère donc extrêmement critiquable¹, comme le critère qui en est la source d'ailleurs. C'est sans doute la raison pour laquelle, tant le législateur que la jurisprudence en ont restreint malgré tout la portée autant que possible.

2/ La lettre presque morte du nouveau critère téléologique adjoint

1196. Si l'intention initiale était d'appliquer le critère finaliste à toutes les créances de telle sorte que le critère de date de naissance de la créance économique soit relégué au second plan, force est de constater que le résultat s'en trouve fort éloigné. Le critère finaliste se serait plutôt immédiatement retrouvé au second plan, pour ne pas dire perdu dans des limbes encore inconnus, si bien que le critère de date de naissance de la créance garde toute sa force, si bien que la compréhension du mécanisme et du fait qu'il s'agisse ici du concept de créance économique et non pas juridique conserve tout son intérêt. Cette réduction presque immédiate à une peau de chagrin montre à quel point, en la matière le seul critère objectif de date de naissance de la créance économique s'impose naturellement et à quel point toute appréciation subjective en vue de faire le départ entre les créances privilégiées ou non s'avère parfaitement contre nature.

La réduction fut d'abord légale (a) pour ensuite se poursuivre avec la jurisprudence (b), si bien qu'on ne sait même pas si l'interprétation a contrario s'applique pour déterminer un domaine marginal d'application du critère téléologique, car la logique voudrait qu'il demeure lettre morte et il en sera peut-être ainsi (c).

a) L'exclusion légale pour toute fourniture de prestation durant la procédure

1197. L'art. L. 622-17 du Code de commerce applique dorénavant le privilège de procédure aux « *créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* »².

¹ Elle est d'après nous en contradiction avec la jurisprudence rendue dans un premier temps sur le terrain de l'application du critère téléologique qui refusait, comme nous allons le voir, l'application de l'exclusion par le critère téléologique à toute créance inhérente à l'activité de l'entreprise en redressement. La dette de responsabilité d'une mauvaise exécution postérieure au jugement d'ouverture n'est-elle pas particulièrement inhérente à l'activité ?

² Idem pour l'art. L. 641-13 du Code de commerce en matière de liquidation. À l'initial les deux articles comportaient une différence de rédaction, l'art. L. 622-17 du Code de commerce disposant des créances *nées* « en contrepartie d'une prestation

1198. Un doute a pu surgir quant à savoir si le critère d'utilité, la créance doit correspondre aux besoins de la procédure, devait s'appliquer également aux prix de contreprestations fournies durant la procédure. Comme nous l'avons déjà relevé, la doctrine, les textes issus de la réforme en ce qu'ils prévoient le cas de contrats à exécution successive ne remplissant pas les conditions de l'art. L. 622-17 du Code de commerce, mais aussi la présentation initiale du projet de loi devant l'Assemblée nationale¹, vont visiblement dans le sens d'une application générale du critère finaliste devant par là même supplanter celui de date de naissance de la créance.

Toutefois, il résulte de la lettre de l'art. L. 622-17 du Code de commerce, « **ou** » et non pas « **et** », mais également des autres travaux préparatoires que les critères de finalité et de fourniture d'une prestation sont **alternatifs**² et non pas cumulatifs. Ainsi, le rapport Hyest³ distingue clairement deux catégories, les créances utiles et les créances de prix de contreprestations fournies. Le rapport précise même que cette seconde catégorie englobe les commandes qui auraient été passées par le débiteur ou le mandataire judiciaire et qui seraient ensuite jugées inutiles, car « *il n'y aurait aucune justification à priver de telles créances d'un paiement prioritaire* ». Autrement dit, les prestations fournies durant la procédure doivent nécessairement⁴ être considérées comme utiles à celle-ci⁵. **La fourniture d'une prestation en réalité inutile à la procédure bénéficiera donc néanmoins du privilège de procédure pour le paiement de son prix.**

1199. Un second mouvement d'objectivisation postérieur à l'adoption de la loi achève de convaincre. À sa promulgation, seule la « *prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle* » bénéficiait du privilège. Le Sénat était venu ajouter cette précision⁶, au demeurant sans justification précise⁷. Celle-ci fut supprimée par l'ordonnance de 2008⁸. Il s'ensuit que toute fourniture de prestation, même à titre personnel, en dehors du cadre de l'activité professionnelle, bénéficie du privilège de procédure. C'est dire qu'une fourniture de prestation totalement inutile à la poursuite de l'activité ou à la procédure collective bénéficie néanmoins du privilège de procédure. C'est la raison pour laquelle Monsieur Le Corre⁹ remarque que cette suppression sonne le glas du critère téléologique en matière de prix de fournitures de prestations durant la procédure.

fournie », tandis que l'art. L. 641-13 du même Code disposait des créances nées « *en raison d'une prestation fournie* ». Cela n'emportait cependant aucune différence substantielle (Rapport HYEST p. 383). L'ordonnance de 2008 est d'ailleurs venue aligner l'art. L. 641-13 sur la formulation plus juridique de l'art. L. 622-17 sur ce point.

¹ Rapport CHARTIER, assemblée nationale.

² Rapport ROUX. Philippe MARINI, Sénateur, avis n°355, Commission des finances, 12 mai 2005, p. 40 qui explicite également le caractère alternatif du critère, utilité ou fourniture d'une prestation.

³ Rapport HYEST sénat 11 mai 2005 p. 204

⁴ P. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP G* 2005, 1509, n°82.

⁵ Apparemment en ce sens, P.-M. LE CORRE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté, Commentaire de l'Ordonnance du 18 décembre 2008 et du Décret du 12 février 2009*, Dalloz 2009, n°427. s.

⁶ Tableaux p. 39 et 63 du Rapport de la commission mixte paritaire n°2459 et 467 de X. ROUX et J.-J. HYEST

⁷ Voir le rappel rétrospectif du rapport de J.-J. HYEST, 11 mai 2005, Sénat, n°335, p. 205

⁸ P. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté, acte II, commentaire de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP G* 2009 I 110 : l'auteur explique que la suppression vise à régler le problème des dépenses courantes personnelles du débiteur.

⁹ P.-M. LE CORRE, op. cit., Dalloz action, chapitre 453, spéc. n°453.24 p. 864 où l'auteur conclut que la suppression du critère téléologique est ici une bonne chose.

1200. La doctrine semble ignorer cet élément objectif inséré dans le privilège de procédure, la fourniture objective d'une prestation. Les auteurs énoncent la lettre de l'article L. 622-17, puis enchaînent sur l'adjonction, in abstracto, d'un critère téléologique finaliste¹, sans faire de cas à part pour le prix des prestations fournies. De deux choses l'une pour eux dès lors. Soit ils considèrent que le critère de la finalité s'applique également aux prestations fournies après le jugement d'ouverture, il faut que ces prestations soient utiles. Nous venons de voir que tel n'est pas le cas. Soit ces auteurs considèrent que toute prestation fournie est utile, ce qui n'est à l'évidence pas le cas en réalité. La seule explication résiderait dans l'utilisation d'une ellipse par la doctrine, ce dans un souci de simplification. Nous ne pouvons cependant pas nous y livrer quant à nous puisqu'il s'agit d'une question au cœur de nos développements.

1201. Les prestations fournies sont donc affranchies du critère finaliste, car bénéficieront d'après nous du privilège les prestations fournies, mais inutiles au redressement ou à la liquidation. Cela cantonne sérieusement l'utilité du critère téléologique par une réduction drastique de son champ d'application. Cela montre aussi à quel point ce critère finaliste s'avère être contre nature, puisque, à peine adopté, il se trouve immédiatement cantonné. Comme le soulèvent M. Jeantin et Le Cannu², il serait « absurde » de sanctionner ceux qui fournissent des biens au débiteur et lui font « courageusement » crédit. Et ce cantonnement ne s'arrête pas aux prestations fournies, car il faut compter avec la jurisprudence survenue depuis lors qui accentue le mouvement de cantonnement du critère finaliste.

b) L'exclusion jurisprudentielle pour toute créance inhérente à l'activité professionnelle

1202. Légalement exclu du domaine conséquent des créances nées de la fourniture d'une prestation durant la procédure, le critère finaliste se trouve exclu par la jurisprudence des créances inhérentes à l'activité professionnelle.

Les juges du fond ne sont pas univoques dans l'application du critère téléologique. N'appliquant pas le critère finaliste, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence³ du 4 oct. 2007 applique l'art. L. 622-17 du code de commerce à une créance de frais irrépétibles résultant de l'application de l'art. 700 du nouveau Code de procédure civile. L'arrêt se situe uniquement sur le terrain de la date de naissance de la créance, affirmant que ladite créance naît dudit jugement, il n'aborde pas le critère finaliste qu'il élude visiblement sans pour autant ignorer qu'il applique un nouveau texte, l'art. L. 622-17 du Code de commerce issu de la réforme et non pas l'ancien article L. 621-32 du Code de commerce.

¹ Par exemple, G. JAZOTTE, « Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ? » *Rev. Lamy affaires*, mars 2005, n°80, p. 132, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* sept. 2005, p. 221, H. LAURENCE-CAROLINE, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, avr. 2008, p. 20.

² M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, n°756.

³ CA Aix en Provence, 4 oct. 2007, RG n°06/18270, legifrance.fr

Appliquant le critère finaliste, un arrêt de la Cour d'appel de Limoges¹ du 4 février 2010 constate, au sujet de créances fiscales de taxe d'apprentissage et de participation des employeurs à la formation professionnelle, qu'en l'espèce les créances étaient bien nées après le jugement d'ouverture, mais que les nouvelles dispositions de l'art. L. 622-17, plus restrictives que celles antérieures de l'art. L. 622-32 ne peuvent s'appliquer à ces créances, sous-entendant qu'il ne s'agit pas là de créances utiles à la procédure.

La Cour de cassation, quant à elle, que ce soit la chambre commerciale ou la chambre civile, adopte une position extensive² en accordant le privilège de procédure à toute créance **inhérente** à l'activité professionnelle dès lors que la créance est bien née postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.

Dans un arrêt du 16 septembre 2010³, la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi contre un arrêt qui avait appliqué le privilège de procédure à des créances sociales d'assurance maladie et maternité d'un travailleur non salarié, en l'espèce, un avocat. Elle justifie ce rejet au motif que la créance était « *inhérente à l'exercice professionnel* ».

De même, mais par un arrêt de cassation du 15 juin 2011⁴ publié au bulletin, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes qui avait refusé d'accorder le privilège de procédure à une contribution sociale de solidarité ainsi qu'à une contribution additionnelle au motif que ces créances étaient inutiles à l'activité. L'arrêt est cassé pour violation de l'art. L. 622-17 du Code de commerce, car ces créances résultant d'une « *obligation légale* » sont « *inhérente à l'activité de la société* ».

1203. Une telle application de l'art. L. 622-17 n'est pas qu'une interprétation extensive, c'est une interprétation *contra legem*. En effet, comme le remarquait la Cour d'appel de Limoges dans l'arrêt précité du 4 février 2010, « *si toutes les créances liées à la poursuite de l'exploitation devaient être considérées comme nées pour les besoins du déroulement de la procédure, nul n'était nécessaire, comme pourtant le législateur a estimé utile de le faire, de prévoir le cas spécifique de la créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période pour son activité professionnelle, laquelle créance serait entrée de fait dans la première catégorie, à savoir celle des créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure* ».

Cependant, comme nous l'avons remarqué, le législateur n'est déjà pas cohérent avec lui-même, car il n'était pas besoin de prévoir la déclaration de créances issues de contrats à exécution successive ne remplissant pas les conditions de l'art. L. 622-17, si c'était pour exclure le critère téléologique concernant toutes les créances nées d'une prestation exécutée après l'ouverture de la procédure. En effet, la poursuite d'un contrat à exécution successive implique nécessairement l'exécution d'une prestation postérieure et par conséquent l'application de l'art. L. 622-17. Il est donc compréhensible

¹ CA Limoges, 4 févr. 2010, RG 08/01716, legifrance.fr.

² Contra C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Créanciers postérieurs », *Rev. proc. Coll.* 2005 p. 221, pour qui il faudrait une interprétation stricte afin d'éviter la multiplication des dettes postérieures privilégiées. Il est vrai que telle était l'intention initiale du législateur. Mais de toute évidence tel n'est pas le résultat, c'est que, pensons-nous, le critère finaliste n'est pas naturel au mécanisme et se trouve par instinct contrecarré au moment de l'adoption du texte, au moment de la mise en œuvre du texte.

³ Civ. 2, 16 sept. 2010 n°09-16182, inédit.

⁴ Com. 15 juin 2011, n°10-18726, P.

que la Cour de cassation n'applique pas à la lettre un texte sur lequel la loi comporte déjà des incohérences, des contresens internes. Ce ne sont là que des manifestations du caractère contre nature d'un critère subjectif pour déterminer ou limiter les créances économiquement nées durant l'existence du patrimoine affecté au redressement ou à la liquidation de l'entreprise. Ce patrimoine doit répondre de toutes les dettes nées de son existence, de son activité.

Pierre-Michel Le Corre propose de distinguer les créances « *inhérentes* » à la procédure des créances « *contingentes* » de la procédure¹. Ce n'est cependant pas à la procédure que sont inhérentes les créances, d'après la lettre des arrêts précités, mais à l'activité professionnelle elle-même.

Au final, le critère finaliste qui était censé supplanter le critère de date de naissance de la créance se trouve inutile, non seulement pour les créances de prix de prestations fournies après le jugement d'ouverture, mais en plus pour toute créance inhérente à l'activité. Que reste-t-il du critère téléologique d'utilité pour la procédure ?

c) Un cantonnement subséquent marginal à l'existence incertaine et critiquable

1204. Nous ne pouvons qu'approuver un cantonnement jurisprudentiel. Mais il reste à se demander à quelles créances s'appliquera le critère téléologique. À notre connaissance, aucun arrêt de la haute juridiction n'a encore été rendu qui consacrerait la postériorité d'une créance tout en lui refusant le privilège de procédure au motif que la créance ne serait pas utile à la procédure. Nous ne pouvons donc que nous livrer à une réflexion sur la matière.

Les créances inhérentes à l'activité professionnelle sont privilégiées, qu'elles représentent ou non la contrepartie d'une prestation fournie après le jugement d'ouverture. **Dès lors il ne resterait a contrario que les créances non professionnelles qui ne constituent pas le prix d'une prestation fournie après le jugement d'ouverture pour recevoir application du critère téléologique.** Autrement dit, ce ne pourrait être visiblement que des dettes personnelles de l'exploitant et n'ayant pas une contrepartie fournie durant la procédure. On pense par exemple aux impôts fonciers des immeubles non professionnels.

1205. Cependant, cela ne porte-t-il pas atteinte à l'unité du patrimoine² ? Les dettes professionnelles sont payées, tandis que les dettes personnelles ne le sont pas. Cela ne viole-t-il pas le principe d'égalité des créanciers ? Les créanciers professionnels sont payés, les personnels ne le sont pas. Le principe d'égalité des créanciers avait déjà justifié une interprétation contra legem des textes en matière d'entreprises en difficulté, la haute juridiction conservant la cohérence de la matière au-delà de la lettre du texte. C'est notamment sur ce fondement qu'elle avait décidé que la suspension des poursuites ne devait pas être cantonnée aux seules créances de sommes d'argent, mais devait

¹ P.-M. LE CORRE, « La taxe foncière, une créance postérieure méritante », *GP* 15-16 oct. 2010, p. 12.

² A. JACQUEMONT, *op. cit.*, n°424, l'auteur rappelle la vieille controverse du bénéfice de l'art. 40 aux créances personnelles. Et l'auteur remarque que le principe d'unité du patrimoine implique de leur octroyer ce bénéfice, tandis que la recherche du redressement irait dans un sens opposé.

également porter sur les créances en nature¹. Ici aussi, le principe d'égalité des créanciers pourrait être invoqué pour la conservation d'un critère purement objectif et l'exclusion de tout critère subjectif, pour que toutes les créances économiques nées après le jugement d'ouverture soient logées à la même enseigne.

Il n'est donc absolument pas certain que l'interprétation a contrario puisse s'appliquer ici. La Cour de cassation a déterminé que, pour les créances qui lui étaient soumises, il fallait appliquer le privilège de procédure. Mais il est très probable qu'elle n'ait pas mûrement réfléchi aux créances qui ne devraient pas en bénéficier. Il n'est donc même pas évident que le critère téléologique subsiste même dans son bastion des dettes personnelles non constitutives du prix d'une prestation fournie durant la procédure. Cela est d'autant moins évident que la césure entre dettes personnelles et professionnelles a déjà montré son caractère inapproprié concernant les prestations fournies après le jugement d'ouverture. Souhaitons pour notre part qu'il en aille de même pour les créances personnelles, car l'enjeu devrait être si minime ici qu'il ne justifie pas une telle entaille à la théorie et à la cohérence du droit. C'est donc à tort², pensons-nous, que le législateur a consacré ce critère téléologique adjoint.

Cette objectivité est naturelle, car le patrimoine cristallisé doit constituer le gage exclusif de ses créanciers. Mais cette objectivité est également indispensable pour que l'entreprise en difficulté ou en liquidation puisse avoir auprès des tiers le crédit nécessaire à son redressement ou à la valorisation de son actif en vue d'une liquidation efficiente.

3/ La nécessité d'un critère purement objectif

1206. L'application du seul critère de date de naissance de la créance économique est empreinte d'objectivité, de certitude et de sécurité, dès lors que le mécanisme de la date de naissance de la créance économique appliqué ici est maîtrisé. L'adoption du critère finaliste de l'utilité pour la procédure est quant à elle emprunte de subjectivité, une subjectivité qu'il est difficile pour le créancier, premier intéressé, d'appréhender.

Or, la proposition d'insérer une certaine dose de subjectivité dans le privilège de procédure avait déjà été présentée aux tribunaux avant la réforme du 26 juillet 2005. Pourtant, les hauts magistrats n'avaient à chaque fois pas suivi les propositions doctrinales allant dans cette direction. De plus, les juges preuve de constance, car leur ligne de conduite n'a en réalité pas varié à cet égard malgré l'apparition du critère subjectif téléologique avec la réforme de 2005. En effet, le cantonnement

¹ Com. 17 juin 1997, n°94-14109, P, D. 1997, 311 note A. HONORAT, cassation qui visait notamment le principe d'égalité des créanciers.

² C. JARROSSON, « Le législateur peut-il avoir tort ? », *in mél. Oppetit*, 2009, p. 349, spéc. p. 351. L'auteur répond par l'affirmative, et en opposition avec les lois de la nature exemptes d'erreur, car le législateur reste tributaire des volontés humaines qui peuvent errer. Le moins que l'on puisse dire, c'est que nous errons en matière d'entreprises en difficulté. Nous sommes d'avis que la raison première en est que, tant le législateur que le gouvernement tentent de répondre sur ce terrain à un problème purement économique, la crise actuelle. Ce n'est qu'une fuite en avant qui risque d'avoir pour effet d'aggraver la situation et d'accélérer la chute économique des PME du pays, car à complexifier les procédures touchant les entreprises qui sont déjà en difficulté, on augmente leur coût et on diminue inexorablement leur efficacité.

précédemment soulevé du critère téléologique par les juges va bien dans le sens de cette faveur raisonnable pour l'objectivité et d'un rejet de toute dose de subjectivité.

Les manifestations anciennes de cette objectivité, de ce rejet de subjectivité, se sont manifestées à propos du cas des contrats au départ continués puis résiliés en cours de procédure (a), ainsi que du sort plus général des contrats en cours dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire (b). C'est à l'aune du choix de cette objectivité que nous entendons anticiper l'interprétation que fera la jurisprudence quant à l'application du nouveau privilège de conciliation créé par la réforme de 2005 et inséré à l'article L. 611-11 du Code de commerce (c).

a) L'objectivité historiquement choisie par double rejet de toute considération subjective

1207. Une première controverse tranchée par le choix de l'objectivité concernait les prestations fournies par le cocontractant entre la date du jugement d'ouverture et la décision de l'administrateur de ne pas poursuivre le contrat. La Cour de cassation avait tranché en choisissant déjà l'objectivité des solutions, indépendamment de toute décision subjective de l'administrateur quant à la poursuite des contrats soumis à lui. Ainsi, même lorsque l'administrateur décide de ne pas poursuivre le contrat, le privilège doit être accordé pour les prestations fournies entre le jugement d'ouverture de sa décision de rupture¹, quelle que soit la situation de fait entourant cette rupture². A fortiori le privilège devait-il être accordé lorsque le contrat se poursuivait sans que l'administrateur n'ait pris aucune décision³.

Jocelyne Vallansan⁴ remarque que cette jurisprudence devrait changer dans la mesure où, si le contrat n'est pas poursuivi, c'est nécessairement qu'il n'est pas utile à la procédure et ne respecte donc pas les conditions posées par l'art. L. 622-17 du Code de commerce, en particulier le critère finaliste.

Il nous semble cependant que cette jurisprudence ne devrait pas être remise en cause. En effet, comme il a déjà été remarqué, le critère téléologique ne concerne pas les prestations exécutées après le jugement d'ouverture qui sont systématiquement privilégiées, qu'elles soient utiles ou non à la procédure. Quand bien même il n'en serait pas ainsi, la jurisprudence faisant de toute créance inhérente à l'activité une créance privilégiée devrait sans doute s'appliquer ici.

1208. La persistance de cette jurisprudence n'est que la manifestation d'une nécessaire objectivité dans la détermination des créances de la procédure. Une autre manifestation de cette nécessaire

¹ Com. 16 oct. 1990, n°89-12930, P.

² Notamment lorsque la décision formelle de rupture du bail mobilier par l'administrateur n'est pas corroborée par son action de restitution des biens loués : com. 9 avr. 1991, n°89-16742, P, où il s'agissait de la location d'un camion et d'une remorque qui n'avaient pas été restitués malgré la décision de non-continuation du contrat de bail par l'administrateur ; le bailleur bénéficie du privilège de procédure pour toute la jouissance postérieure au jugement d'ouverture et allant jusqu'à la restitution des biens mobiliers, nonobstant la décision formelle intercalaire de résiliation de l'administrateur.

³ Com. 27 oct. 1998, n°95-21286, P.

⁴ J. VALLANSAN, *Difficulté des entreprises*, Litec affaires finances 4^e éd. 2006.

objectivité a résidé dans le caractère inopérant de l'autorisation de poursuivre ou non l'activité, pour que les prestations fournies après le jugement d'ouverture soient privilégiées.

Il avait été soulevé par le passé que le privilège de procédure ne devait pas être appliqué en cas de liquidation, car alors il n'y avait plus de raison de conserver le crédit de l'entreprise puisque le redressement recherché était définitivement perdu. C'était toutefois oublier **la cause originelle** de ce crédit, qui n'était pas le redressement, mais la **liquidation** la plus **efficace** qui soit avec un actif valorisé et pour lequel le liquidateur pouvait avoir besoin de conserver le bénéfice des contrats en cours, voire d'en passer de nouveaux. La haute juridiction ne manqua alors pas de le rappeler¹. La question avait déjà été soumise à la jurisprudence. Toute prestation fournie au débiteur après le jugement d'ouverture emporte l'application du privilège de procédure pour le paiement du prix, peu importe que l'activité ne soit pas continuée², et peu importe même qu'il y ait eu jugement de liquidation judiciaire³. A fortiori, une discrimination subjective ne saurait pas non plus s'appliquer aux créances nées à l'occasion d'une liquidation amiable où la doctrine a pu suggérer là aussi une distinction selon que les créances étaient nées avant ou après la publication de la dissolution de la société et l'ouverture d'une liquidation amiable⁴. Que ce soit lors d'une liquidation judiciaire ou lors d'une liquidation amiable, l'entreprise doit conserver son crédit pour pouvoir bénéficier des fournitures de biens et de services nécessaires à sa liquidation effective et efficace.

La réforme a fait resurgir cette controverse à travers le critère téléologique d'utilité de la créance. Des auteurs⁵ ont observé que le privilège de procédure ne devrait pas s'appliquer en l'absence d'autorisation judiciaire de poursuivre l'activité. Ils ont été partiellement entendus, trop rapidement sans doute, car l'ordonnance est venue insérer cette notion d'autorisation de poursuite de l'activité

¹ Com. 17 oct. 1989, *JCP E* 1989, II, 19245, M. CABRILLAC, *D.* 1990, 2, *Déf.* 1990, 731 P. BIHR.

² Com. 2 avr. 1996, n°94-14651, P, « (...) peu important l'absence de poursuite de l'activité (...) ». Com. 15 févr. 2005, *Act. proc. coll.* mai 2005, n°56, obs. J. VALLANSAN. La doctrine était divisée sur la question. Certains considéraient que le privilège devait s'appliquer sans limite. À l'opposé, d'autres estimaient qu'il ne devait jamais s'appliquer. À mi-chemin enfin, des auteurs proposaient que le privilège ne soit appliqué qu'aux contrats permettant de valoriser une valeur d'actif (A. JACQUEMENT, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°719). Il nous semble tout de même que les auteurs ont oublié que le privilège ne sert pas le but poursuivi, mais le moyen d'y parvenir, à savoir le crédit et que pour ce faire il doit être purement objectif sinon les créanciers se montreront frileux et réticents.

³ Notamment, com. 20 févr. 1990 n°88-17200, P, et com. 10 juill. 1990 n°88-20493, P, pour des créances de cotisations sociales dues sur les indemnités de préavis et de congés payés suite à licenciements prononcés après le jugement de liquidation judiciaire, consécutivement à ce dernier. La question avait donné lieu à controverse doctrinale concernant la rédaction maladroite de l'article 153 de la Loi de 1985. Arlette MARTIN-SERF (*D.* 1991, 294) déplore cette solution adoptée par la jurisprudence et considère que le privilège de l'article 153 précité est oubliée par les juges. Mais Messieurs CABRILLAC, RIPERT et ROBLOT considèrent quant à eux que c'est la rédaction de l'art. 153 qui est malheureuse, que le législateur a simplement voulu rappeler les dispositions de l'article 40 et que la solution adoptée par la cour de cassation est heureuse (« L'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 et ses difficultés d'application », *Banque* 1986, 115, RIPERT et ROBLOT, *Droit commercial*, traité, t. 2, 12^e éd. LGDJ 1990, n°3227). Nous sommes bien entendu de l'avis de ces derniers auteurs.

⁴ HÉMARD, TERRÉ et MABILAT, op. cit., n°1145. C. GAVALDA, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », in *mél. HAMEL*, p. 253, spéc. p. 259 et 260. D'après ces auteurs, si la personne morale perdure, ce n'est que pour les besoins de la liquidation et tout acte qui ne correspondrait pas à cette optique se trouve entaché de nullité. Nous ne sommes loins d'être convaincu. Encore une fois, les créanciers n'ont pas les informations nécessaires. Ils ne sont pas armés pour endosser cette responsabilité. Ils ne doivent pas être sanctionnés pour les fautes commises ici par le liquidateur, lequel peut parfaitement passer de nouveaux actes juridiques. À ces considérations s'ajoute la survie de la personnalité juridique pleine et entière de la personne morale, aucune sorte d'incapacité n'étant consacrée par les textes. D'ailleurs, Christian GAVALDA note aussi les difficultés que cela engendre, « une contradiction latente entre la position juridique de la société et l'attitude économique éventuelle de l'entreprise ». De plus, la jurisprudence citée par l'auteur n'est d'après nous pas significative d'un tel état du droit positif. Il y va donc davantage d'une opinion doctrinale que d'une réalité de droit positif.

⁵ P.-M. LE CORRE, *La réforme du droit des entreprises en difficulté, commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009*, Dalloz 2009, n°427-1. Également LE CORRE-BROLY, « La résiliation de plein droit des contrats du fait de la liquidation judiciaire non assortie d'une période de poursuite provisoire d'activité », *JCP E* 2002, n°40, p. 1565.

dans l'art. L. 641-13 du Code de commerce, siège du privilège de procédure en période de liquidation. L'article dispose ainsi, depuis l'ordonnance, que sont privilégiées, outre les créances nées pour les besoins de la procédure, celles nées pour le « maintien provisoire de l'activité autorisée (...) ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien d'activité », un maintien d'activité autorisé.

Malgré tout, la problématique reste la même que par le passé et doit trouver la même réponse, l'octroi du privilège pour toute créance économique née après l'ouverture de la liquidation, que le maintien de l'activité ait été autorisé ou non. La consécration par l'ordonnance de 2008 de la position doctrinale résulte à notre sens d'un travail hâtif et irréfléchi du législateur. Même sans poursuite de l'activité, il peut être nécessaire de recevoir des prestations, ce pour valoriser l'actif¹. Ce n'est pas au cocontractant sollicité de déterminer si le mandataire contracte ou continue de percevoir des prestations dans l'optique de la liquidation ou dans celle d'une poursuite d'activité, ce n'est pas non plus à lui de savoir si cette activité poursuivie a bien été autorisée judiciairement ou non. Au risque de nous répéter, une fois encore, c'est de toute évidence à cause de l'incurie des mandataires et des liquidateurs judiciaires que cette autorisation est devenue nécessaire. La solution ne résulte donc pas dans la sanction des créanciers, mais dans une révision du statut et de la responsabilité des mandataires et liquidateurs judiciaires. Par ces modifications textuelles, nous ne pouvons que relever, une fois encore, un transfert de la responsabilité des organes de la procédure à la charge de la procédure sur les créanciers qui, au contraire, l'alimentent. Il en résultera que, déresponsabilisés, les organes de la procédure ne feront pas plus diligence et que, privés de toute garantie d'être payés, les cocontractants créanciers auront tout intérêt à ne pas exécuter leur contrat² au profit d'une société en liquidation judiciaire. Toute chance de valorisation de l'actif disparaîtra, les créanciers sociaux en pâtiront tous au final.

Or, pour ces deux questions, la jurisprudence avait été confrontée au choix d'un critère plus subjectif eu égard aux propositions doctrinales de l'époque. Les textes n'auraient sans doute pas été un obstacle à de telles prises de position fondées sur des circonstances particulières, l'absence de poursuite du contrat en cours ou la liquidation judiciaire. Pourtant, **les deux fois, la jurisprudence fit le choix de l'objectivité**. La raison en est d'après nous qu'il s'agit du seul choix raisonnable en la matière, un choix empreint de simplicité et de sécurité juridique, indispensables pour assurer le crédit de l'entreprise en redressement, mais aussi en liquidation judiciaire.

1209. Le maintien de cette objectivité s'impose d'autant plus qu'en droit **le cocontractant d'un contrat en cours n'a pas le choix**. Il doit poursuivre le contrat en attendant que le mandataire se prononce quant à celui-ci. Soulignons qu'il doit poursuivre le contrat malgré l'ouverture d'une procédure de liquidation. Il n'est pas fait de différence à cet égard selon que le contrat est utile ou non à la procédure. Il a d'ailleurs été jugé qu'un mandataire pouvait parfaitement décider la poursuite forcée d'un contrat en cours quand bien même celui-ci ne serait pas utile, ni pour la procédure ni

¹ H. CARRIÉ, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. 1926, p. 104 s., spéc. p. 107.

² Ce malgré la lettre de l'art. L. 641-11-1 du Code de commerce qui les oblige à s'exécuter. Il leur suffira d'opposer une résistance de fait et d'attendre d'être contraint judiciairement sous astreinte de s'exécuter. Gageons que les organes de la procédure ne parviendront pas facilement à briser cette résistance de fait.

pour l'activité¹. Ainsi, quand bien même le créancier saurait que le contrat dont il assure la prestation n'est pas utile à la procédure, le mandataire pourrait en exiger la continuation et le créancier ne bénéficierait pas du privilège de procédure. La preuve est ainsi faite par l'absurde de l'importance de l'objectivité ici.

b) L'objectivité dans la régularité de la créance

1210. Le besoin d'objectivité peut également être illustré par la condition de régularité qui existe depuis l'adoption de la loi de 1985. En effet, peut-on sanctionner le créancier pour une irrégularité de toute évidence commise par le dirigeant demeuré à la tête de l'entreprise en redressement ou bien par le mandataire-liquidateur ? Cela nous semble déraisonnable et inapproprié. C'est sans doute la raison pour laquelle la condition de régularité n'est pas appliquée avec toute la rigueur à laquelle on pourrait s'attendre.

Par exemple, il apparaît difficile d'affirmer qu'une dette de responsabilité délictuelle pour un acte de concurrence déloyale soit régulière alors qu'elle est née à l'occasion d'un acte illicite. La créance sera pourtant considérée comme régulièrement née².

C'est que la condition de régularité se trouve, d'après la doctrine et la jurisprudence circonscrite, au respect des règles de pouvoir et de compétence³. La créance n'est donc régulière que lorsque l'acte a été passé par la personne habilitée et sans dépasser les pouvoirs qui lui ont été octroyés par le Tribunal.

M. Jazottes⁴ soulève l'insuffisance de ce critère. Il faudrait d'après lui le préciser davantage. Quant à nous, il nous semble que ce critère n'est pas utile, voire qu'il est inapproprié. Tout au plus se comprend-il en matière contractuelle lorsque le signataire du contrat n'est pas la personne habilitée ou lorsque les pouvoirs ont été dépassés, ce à cause de la publication au RCS de la procédure en cours qui permet de comprendre qu'elle puisse être opposée au créancier duquel on attend une certaine vigilance. Encore qu'une telle position puisse se discuter, car il ne nous semble pas imaginable qu'une entreprise se renseigne auprès du RCS sur chacun de ces clients, la tâche peut même devenir impossible selon le volume de clients, si l'on pense par exemple à un opérateur téléphonique ou à un fournisseur de fournitures de bureau par correspondance ou de cartouches pour imprimantes.

¹ Com. 19 mai 2004, n°01-16900, inédit, il s'agissait de l'adhésion antérieure à une association envue d'assurer un revenu de substitution au dirigeant de l'entreprise (arrêt de rejet).

² Com. 13 oct. 1998 Bull. n° 240 ; com 31 mars 1992 *JCP G* 1992 I 3617, com. 25 janv. 1994, *JCP E* 1994 II 629.

³ RIPERT et ROBLOT, traité op. cit., n°3064. D. POHE, « Redressement et liquidation judiciaires, Règlement des créances », JCL fasc. 2715, n°19, « sont entachées d'irrégularité les créances nées de l'action d'un organe du débiteur ou de l'administrateur agissant sans pouvoir ou dépassant ceux que la loi ou la juridiction lui ont conférés.... ».

⁴ P. JAZOTTES, « Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36.

1211. Dans un arrêt du 13 octobre 1998¹, d'après nous contestable, la chambre commerciale censurait les juges du fond d'avoir condamné une entreprise en redressement puis liquidation pour des actes de contrefaçon accomplis durant la procédure qui s'était étalée sur six années. L'arrêt était cassé pour défaut de base légale pour ne pas avoir recherché si la créance était bien née régulièrement. La haute juridiction applique donc ici le critère de régularité au sens des pouvoirs, de l'habilitation, à une créance de responsabilité délictuelle. Elle reproche aux juges du fond de ne pas avoir constaté que les actes de contrefaçon avaient été commis par les organes de la procédure et non pas par le débiteur dessaisi.

Une telle décision est critiquable car la victime créancière ne choisit pas son bourreau. Mais surtout, la commission de la faute, en l'espèce des contrefaçons, a bénéficié à l'entreprise en difficulté. Déresponsabiliser l'entreprise sous le joug d'une procédure peut être dangereux et conduire à des écarts, car les dirigeants aux abois auront d'autant plus tendance à commettre des fautes lucratives si l'entreprise ne doit pas en répondre.

Le critère de régularité pourrait être supprimé. Tout au plus pourrait-on sanctionner le créancier ayant contracté avec un représentant démuné de pouvoir ou agissant au-delà de ses pouvoirs par une déchéance du privilège pour les créances qui en auraient résulté. Sur le plan théorique, une telle déchéance laisse sauve toute l'objectivité du critère d'application du privilège de procédure et permet de remplir le rôle de l'actuel critère de régularité en la cantonnant à sa juste mesure, une sanction pour un manque de vigilance du créancier.

Passons des manifestations à l'application par analogie. Cette objectivité doit d'après nous se retrouver également dans l'application du tout nouveau privilège de conciliation instauré par la réforme de 2005.

c) L'objectivité dans le privilège de conciliation

1212. La réforme de 2005 a instauré une nouvelle procédure qui survient avant la cessation des paiements, afin d'intervenir davantage en amont. Cette procédure de conciliation se conclut par un accord homologué. À l'image du privilège de procédure, la loi privilégie les créanciers qui accordent de nouveaux crédits à l'entreprise aux difficultés prévisibles. Autrement dit, la loi instaure un véritable² privilège de conciliation³ qui prendra rang, en cas de liquidation judiciaire, avant même les créanciers titulaires du privilège de procédure.

1213. Le critère de date de naissance de la créance économique comporte une utilité qui passe au second plan cependant. Au premier plan, pour être privilégiés, les fonds, biens ou services doivent

¹ Com., 13 octobre 1998, n°95-21988, P, *JCP G* 1999, p. 1060, P. ROSSI. Pour le commentateur, une créance délictuelle née à l'occasion de l'activité ne devrait pas pouvoir bénéficier de l'article 40. Nous sommes d'un avis contraire.

² C. GAUDIN, Sénateur, Avis n°337, Commission des Affaires économiques, p. 62, il s'agit d'un privilège et non pas d'une simple préférence.

³ Également baptisé « *privilège de l'argent frais* » ou « *fresh money* », Christian GAUDIN, Sénateur, Avis n°337, Commission des Affaires économiques, p. 62.

faire l'objet d'un contrat conclu dans le cadre de l'accord homologué qui permet de bénéficier du privilège de conciliation. Les travaux préparatoires se sont focalisés sur une opposition aux prestations et fonds fournis avant la phase de conciliation. Toutefois, le sénateur Philippe Marini¹ révélait qu'il est impératif de « *cantonner strictement le nouveau privilège aux créances nées lors de la procédure de conciliation* ». Le même sénateur précisait également que ce nouveau privilège « *ne concernera que les liquidités, biens ou services **réellement** apportés et utilisables **immédiatement** par l'entreprise* ». Certes, là encore, le sénateur voulait s'opposer à l'octroi du privilège pour d'anciennes créances. Il nous semble toutefois que le raisonnement peut être réversible. Pour être efficaces, les fonds, biens et services doivent être fournis rapidement à l'entreprise aux difficultés prévisibles. Dès lors, il n'apparaît pas illogique de poser comme condition supplémentaire que ces nouveaux apports promis à l'occasion de l'accord homologué doivent être livrés durant la phase de conciliation, plus exactement avant que ne surviennent la cessation des paiements et l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

1214. L'intention du législateur laisse entrevoir l'existence d'une autre condition sous la forme d'un critère finaliste. Celle-ci devrait d'après nous rester lettre morte. En effet, c'est uniquement le but de poursuite de l'activité de l'entreprise et sa pérennité qui légitime ce privilège de conciliation qui supplante, en cas de liquidation, le privilège de procédure². Il résulte très clairement des travaux parlementaires³ que cet objectif constitue une double condition, condition de l'homologation à l'art. L. 611-8 du Code de commerce et condition du privilège à l'art. L. 611-11 du même Code. Il en résulte que ne bénéficieront pas au final du privilège les créances correspondant à la fourniture de biens, de services, d'argent nouveau promis dans le cadre de l'accord homologué en phase de conciliation s'il s'avère que ces fournitures, fonds ou biens ne remplissent pas ce critère finaliste. Pire, ne devraient pas bénéficier du privilège, d'après Jean-Jacques Hyst⁴, les créanciers dont les fonds n'auront pas été au final affectés à la poursuite de l'activité et à sa pérennité, ce alors même que telle était bien la vocation desdits fonds. Précisons qu'un tel raisonnement peut aussi bien s'appliquer aux biens ou services fournis.

1215. Les mêmes critiques que pour le privilège de procédure se retrouvent ici. Pourquoi le créancier devrait-il faire les frais d'une erreur d'appréciation du juge qui aurait homologué un accord comportant des apports nouveaux n'ayant pas vocation à servir la poursuite et la pérennité de l'activité ? Pourquoi le créancier devrait-il faire les frais d'une faute du mandataire judiciaire qui, contrevenant à l'accord homologué, aurait détourné les apports promis de leur vocation initiale pour les employer à d'autres fins. C'est à l'État d'assumer à l'égard de la collectivité la responsabilité du service public de la justice. C'est au mandataire judiciaire d'assumer sa responsabilité professionnelle. Ce n'est pas aux créanciers volontaires, courageux et bienveillants, de pâtir des fautes des gestionnaires de l'entreprise en difficulté. C'est la raison pour laquelle cette finalité mentionnée à l'art. L. 611-11 devrait d'après nous s'interpréter comme un rappel de la

¹ P. MARINI, Sénateur, avis n°355, Commission des finances, p. 46.

² C. GAUDIN, Sénateur, Avis n°337, Commission des Affaires économiques, p. 62.

³ Rapport Assemblée nationale, X. DE ROUX, n°2095, p151 s.

⁴ Rapport Sénat J.-J. HYEST, n°335 du 11 mai 2005, Commission des Lois, p. 135.

condition d'homologation dont dispose l'art. L. 611-8. Mais, dès lors qu'il y a eu homologation judiciaire, il n'est pas de raison de ne pas faire bénéficier le créancier de son privilège de conciliation. À défaut, cela amoindrirait fortement l'efficacité du mécanisme, comme le soulevait déjà en 1926 M. Carrié au sujet du crédit des créanciers finançant la poursuite de l'activité en phase de liquidation judiciaire.

En conclusion sur la critique du critère téléologique, si celui-ci était appliqué aux fournitures de biens et de services en cours de procédure, ce critère serait hautement toxique, source d'insécurité pour ces créanciers, il validerait l'indigence des organes de la procédure en reportant leur responsabilité sur les créanciers. L'équilibre vers lequel tend toujours le droit des entreprises en difficulté réside entre le redressement de l'entreprise d'une part et la sauvegarde des intérêts des créanciers d'autre part. Sacrifier les intérêts des créanciers sur l'autel, non du redressement, mais de l'indigence des mandataires judiciaires, ce n'est plus un déséquilibre, c'est la destruction de tout équilibre. Fort heureusement, d'après nous, le critère téléologique est voué, malgré les intentions originelles, à une application particulièrement restreinte. En toute hypothèse, il ne devrait pas s'appliquer aux fournitures de prestations en cours de procédure, celles-ci devant bénéficier du privilège de procédure nonobstant toute appréciation pour leur utilité, c'est qu'elles doivent, quelque part, faire l'objet d'une présomption irréfragable d'utilité.

Si le critère téléologique devrait d'après nous disparaître ou rester lettre morte, il n'en reste pas moins que les problèmes qui avaient présidé à son adoption étaient bien réels quant à eux. Outre qu'il ne serait pas convaincant de proposer la suppression du critère sans régler les problèmes qu'il entendait résoudre, ces derniers relèvent de la date de naissance de la créance dont nous nous sommes fixé comme objectif de restaurer au mieux la cohérence en droit privé français. Ce sont là les deux justifications qui commandent d'aborder les véritables problèmes qui avaient présidé à l'adoption du critère téléologique, afin de proposer une autre voie que ce dernier pour les résoudre.

B. L'inutilité du nouveau critère téléologique par la résolution alternative des problèmes ayant présidé à son adoption

1216. Si le critère téléologique est impropre, les problèmes qui ont présidé à son adoption sont bien réels quant à eux. Ils n'ont peut-être pas été convenablement identifiés. Tout est parti du constat que les créanciers postérieurs étaient trop nombreux, que cela remettait en cause le redressement de l'entreprise. Le problème, c'est que la rectitude quant à la mise en œuvre du critère de date de naissance de la créance n'a pas été éprouvée. Les observateurs, que ce soit la Cour de cassation ou la doctrine, sont partis du présupposé erroné que le critère existant, la date de naissance de la créance était convenablement appliqué. À l'examen, il n'en est rien. Il eut donc été plus approprié d'étudier la mise en œuvre de l'art. 40 en droit positif pour rectifier les solutions erronées quant à la date de naissance de la créance. Une fois le volume des créanciers postérieurs purgé des créanciers faussement postérieurs, mais en réalité antérieurs, alors seulement il est possible de faire le point, d'établir un bilan réel quant à l'application de l'art. 40.

D'autre part, nous n'avons eu de cesse que de mettre en évidence la nécessité d'un critère objectif uniquement, la date de naissance de la créance économique. La solution est trop simple pour ne pas dire simpliste d'adopter un critère finaliste subjectif qui supprime le critère objectif et sert à tout, car au final c'est ouvrir la porte à l'insécurité juridique et à l'arbitraire. C'est légaliser, sanctifier la déviance ayant poussé au désordre en matière de date de naissance sous l'égide de l'art. 40 à savoir l'instrumentalisation et la dénaturation de la date de naissance pour influencer sur l'accessibilité de la créance au privilège de procédure, lui trouver une date de naissance antérieure pour lui dénier ce privilège, lui trouver une date de naissance postérieure pour lui donner ce privilège, sans égard réel, sans analyse réelle pour la date de naissance de la créance. Au moins la solution avait-elle l'avantage sur le plan des principes, de la théorie du droit et de son rôle dans notre société, de sauvegarder une apparence de cohérence, de sérieux, en fondant scientifiquement les solutions.

Or, si l'objectivité importe, nous avons vu dans l'analyse historique que la date de naissance de la créance n'était pas l'objectif premier, qu'elle ne s'est imposée que par le truchement de la personnalité morale de la masse et en partant du postulat, de la volonté initiale d'octroyer un paiement prioritaire aux créanciers fournisseurs de biens et de services durant la phase de redressement ou de liquidation. À cet égard, la date de naissance de la créance économique n'apparaît, vis-à-vis de l'ancien article 40, que comme un moyen objectif de déterminer les créances devant bénéficier du privilège de procédure. Il ne peut s'agir que de créance économique, car le noyau dur indestructible, comme l'a démontré à nouveau la réforme en les affranchissant in fine du critère téléologique, ce sont les créances correspondant aux biens et services fournis durant la procédure, qui représentent le crédit de l'entreprise, l'outil indispensable pour lui donner une chance de redressement, mais aussi pour permettre une chance de valorisation de l'actif en liquidation. Pour les autres créances, une certaine liberté peut être prise, mais cette liberté ne doit pas reposer sur un critère subjectif général et abstrait, elle doit être objective.

1217. Nous proposons donc d'adopter une technique qui fut déjà utilisée et qui a déjà fait ses preuves en la matière, celle d'attribuer un sort spécifique à certaines catégories de créances uniquement. Il faut conserver le critère de date de naissance de la créance économique en restaurant la pureté des solutions sur ce terrain, en supprimant les solutions erronées par l'adoption volontaire ou non d'une fausse date de naissance. Puis il faut introduire un peu de souplesse afin de respecter la finalité du privilège sans pour autant perdre la sécurité juridique indispensable pour son bon fonctionnement. Pour ce faire, il faut aménager un régime particulier pour certaines créances particulières. Ainsi, au critère subjectif central de la date de naissance de la créance économique, nous ajoutons un second critère objectif, la nature de la créance qui peut commander des solutions dérogatoires.

Remarquons que le mécanisme existe déjà pour les créances d'indemnité de rupture contractuelle sur décision du mandataire judiciaire, qui, par détermination de la loi, sont traitées comme des créances postérieures et ne se voient donc pas appliquer le privilège de procédure alors qu'elles sont en réalité postérieures.

À la restauration du principe de date de naissance de la créance (1), nous proposons donc l'adjonction d'exceptions spécifiques clairement identifiées fondées sur la nature particulière de certaines créances (2). Un principe objectif pour une exception objective, voilà le seul moyen

d'assurer la sécurité juridique indispensable au crédit de l'entreprise en redressement ou en liquidation, car, si les solutions sont incertaines, les fournisseurs de biens et de services cesseront de fournir l'entreprise en difficulté, ce qui provoquera sa fin, au demeurant par une liquidation bradée et non plus valorisée.

1/ La restauration du critère de date de naissance économique de la créance

1218. Le fait qu'il s'agisse de l'acception économique ne rentre pas vraiment en ligne de compte ici, car les créances concernées naissent à la même date à la fois au plan économique et juridique. La date de naissance de l'acception économique de la créance ne diverge pas de la date de naissance de son acception juridique. C'est donc un problème de date de naissance de la créance toutes acceptions confondues qui se pose ici.

Nous n'aborderons pas les dates de naissance erronées fixées vraisemblablement en vue de dégonfler le volume des créanciers privilégiés. La technique réside dans une utilisation poussive du principe dogmatique d'une naissance des créances contractuelles au jour du contrat. Nous avons déjà abordé ces cas en première partie à l'occasion du recentrage de la thèse classique. Les dates de naissance réelles des créances doivent être adoptées pour que le droit conserve sa cohérence¹. Nous pouvons ajouter un arrêt de 2003 dont la solution nous semble suspecte². La Cour y rejette le caractère privilégié d'une cotisation d'adhésion d'un agriculteur à une association au motif que la créance était née au jour de l'adhésion, les redevances annuelles ne constituant que des termes successifs. Mais il eut fallu savoir en l'espèce si l'adhésion apportait une contrepartie à l'agriculteur, ce qui est vraisemblable, auquel cas il devait y avoir naissance économique de la créance d'adhésion au fur et à mesure de la contrepartie octroyée. L'arrêt mentionne d'ailleurs du matériel acquis par la société dont les redevances constituent les amortissements. Il apparaît donc vraisemblable que le matériel acquis par l'association soit utilisé par les agriculteurs, ce qui implique que la cotisation annuelle à l'association constitue le prix d'un service, l'usage du matériel, qui a pu être utilisé durant la procédure et devait par conséquent constituer une créance privilégiée dans cette mesure.

¹ Fixation de la date de naissance de la créance de commission de l'agent commercial au jour, comme par hasard nécessairement antérieure au jugement d'ouverture de la procédure, de la signature du mandant, alors que celle-ci naît en réalité au jour de la conclusion de la vente commissionnée : com. 17 févr. 1998, n°95-15409, P, le caractère fictif de la solution et de la date de naissance appliquée ayant été soulevé par P.-M. LE CORRE (*D.* 2009, 2172).

De même pour la commission d'un agent immobilier, fixation de la date de naissance de la créance de l'agent au jour du contrat d'agence, alors que la créance naissait en réalité au jour de la vente, au jour de la signature du contrat commissionné : com. 17 févr. 1998 *JCP G* 1998 II 10053 p. 609 rapport J.-P. REMERY, solution approuvée par certains (A. MARTIN-SERF, *RTD com.* 1998, 938, critiquée par d'autres (*LPA* n°2 1999 p. 13). Au surplus, Jérard JAZOTTES (« Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36) remarque pertinemment que "en accomplissant sa mission, l'agent immobilier a bien participé à la poursuite de l'activité du débiteur, marchand de biens" et qu'en conséquent, pouvons-nous ajouter, le nouveau critère téléologique ne serait pas même un obstacle à l'accession de la créance au privilège de procédure.

Preuve en est que le véritable problème réside dans un manque de rigueur général quant à la détermination de la date de naissance de la créance de prix, ici d'une commission. D'ailleurs, une solution postérieure à l'arrêt du 17 février 1998 précité est venu adopté une solution contraire faisant, à notre grand soulagement, bénéficier du privilège de procédure les commissions sur les ventes postérieures au jugement d'ouverture, la date de naissance de la créance étant convenablement appliqué cette fois-ci : com. 7 janv. 2003, n°00-14799, P, cassation pour ne pas avoir distingué au sein des sommes dues celles qui étaient afférentes à des prestations postérieures au jugement d'ouverture (devant bénéficier du privilège) et celles consécutives de la résiliation du contrat d'agent commercial durant cette même période (exclues du privilège par le législateur)

² Com. 8 juill. 2003, n°00-15262, inédit.

Pour le reste, nous nous limiterons aux dates de naissance erronées qui gonflent le volume des créanciers de l'art. 40 et qui ont ainsi fortement contribué à l'adoption d'un critère téléologique subjectif. Pour ces créances, ce n'est pas leur caractère militant ou inutile qui doit permettre de les exclure du volume des créanciers privilégiés, c'est leur date de naissance réelle et antérieure qui doit être restaurée.

1219. Corine Saint-Alary Houin¹ cite en exemple les « *créances issues de condamnations postérieures alors que le fait générateur était antérieur* ». Or, comme nous l'avons exposé en première partie, la **dette de responsabilité** ne naît pas au jour du jugement de condamnation qui ne fait que la liquider, elle naît au jour du fait dommageable.

1220. Corine Saint-Alary Houin cite également les créances d'**impôt**², dont la date de naissance est fixée par la jurisprudence au 31 décembre ou à la clôture de l'exercice³. La date est pratique, mais ne correspond pas à la réalité. Nous pouvons d'ailleurs y voir ici une confusion déjà soulevée en première partie entre naissance et liquidité, une tendance dans l'inconscient juridique collectif à ne pas voir une créance née lorsqu'elle n'est pas liquidée au liquidable au jour considéré, bien qu'elle soit liquidable dans le futur. Au jour du jugement d'ouverture, l'impôt n'est pas encore liquide ni liquidable, car il dépend aussi en partie de la suite de l'activité, puisqu'il est annuel, puisqu'il touche l'exercice dans son intégralité. Mais il sera liquidable au jour de la clôture, ou au 31 décembre pour l'IR. Cela ne signifie pas que la créance ne soit pas née.

Preuve en est, si le débiteur décède au jour du jugement d'ouverture, il sera bien calculé un montant d'impôt pour les revenus et l'activité passée, montant qui sera dû alors même que la clôture théorique de l'exercice n'était pas encore survenue, alors même que le 31 décembre n'est pas encore arrivé. Il en ira de même en cas de dissolution et liquidation anticipée d'une société soumise à l'IS. C'est bien que la dette d'impôt ne naît pas à la clôture, mais au fur et à mesure de l'exercice, au fur et à mesure de la perception des revenus ou de l'exécution et la consommation des prestations constitutives des produits et des charges. Simplement, cette dette fluctue dans le temps au gré des opérations imposables et de celles déductibles. L'objet fluctue, c'est aussi pour cette raison que l'on a du mal à accepter une créance d'ores et déjà née, un peu comme nous l'avons déjà soulevé en première partie pour les contrats à durée indéterminée à objet à formation progressive.

Souvenons-nous qu'en droit comptable et fiscal il est fait application de la créance économique, tout comme ici en droit des procédures collectives. Dès lors, l'impôt afférent à l'activité postérieure constitue une créance privilégiée, mais l'impôt afférent à une créance antérieure est une créance soumise à la discipline de la procédure. De la même façon que pour un contrat en cours à la date d'ouverture de la procédure collective, il y a lieu de ventiler la créance d'impôts entre l'activité

¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Créanciers postérieurs », *Rev. proc. Coll.* 2005 p. 221.

² Art. op. cit.

³ Com. 12 juill. 1994, n°90-18265, P, où l'arrêt explicité que l'impôt naîtrait au 31 décembre et non pas à la date de perception, ce que nous réfutons. Cela peut aussi se réfuter par une réflexion en termes de créance économique, quant à son esprit, la contrepartie de l'impôt, quelque part, ce sont les revenus. Nous payons de l'impôt parce que nous percevons des revenus et non pas parce que le 31 décembre arrive. Com. 14 janv. 2004 n°01-03663 inédit. Pour l'IS, com. 16 déc. 2008 n°08-12142, P, D. 2009, 164, A. LIENHARD, *GP* 2009, p. 22, L.-C. HENRY, *JCP G* 2009 I 136, P. PÉTEL, *RTD com.* 2009, 618, A. MARTIN-SERF, *JCP E* 2009, 1347, n°9, P. PÉTEL.

antérieure et l'activité postérieure. Cela peut s'avérer compliqué et lourd. Par exemple, il y aurait lieu de dresser une clôture des comptes intermédiaire à la date d'ouverture de la procédure collective afin de déterminer l'impôt afférent à la période antérieure et par la suite celui afférent à la période postérieure¹. C'est la raison pour laquelle la date de naissance fut fixée de façon plus confortable à la date de clôture de l'exercice et non pas comme il se doit au fur et à mesure de la réalisation du bénéfice. Comme juste milieu, il pourrait être adopté une approximation sous la forme d'une présomption réfragable du fait de l'homme, une ventilation prorata temporis de la créance d'impôt, antérieure pour la portion correspondant à la durée ayant précédé l'ouverture de la procédure collective, postérieure pour le reste.

1221. Philippe Pétel² cite la dette de **restitution** émanant d'une décision judiciaire postérieure, mais constituant le dénouement d'une situation antérieure.

Les dates envisageables pour la naissance de la créance de restitution sont la date de l'exécution ou la date du jugement résolutoire. Si la créance de répétition de l'indu naît au jour du paiement indu³, tel n'est pas le cas du contrat, acte juridique et non pas fait juridique, qui nécessite, soit un nouvel acte, soit une décision de justice prononçant sa résolution et ouvrant l'avenir sur une nouvelle situation juridique, défaite du contrat résolu.

En la matière, la jurisprudence penche effectivement vers la date du jugement résolutoire pour fixer la date de naissance de la créance de restitution⁴. Pour soutenir l'adoption du critère téléologique, les auteurs font remarquer que l'annulation de l'acte n'apporte rien à la procédure et que cette créance privilégiée obère donc le passif de procédure diminuant d'autant les chances de redressement.

Il nous semble que l'acception économique doit ici être prise en compte et que cette acception économique se retrouve d'ailleurs, comme nous l'avons vu, dans le nouvel article L. 622-17 du Code de commerce qui ne fait pas application du critère téléologique pour le prix des prestations fournies durant la procédure. L'annulation portera le plus souvent sur un acte synallagmatique. Or, en la matière, nous savons que la créance de prix naît juridiquement au jour du contrat, économiquement au jour de l'exécution de la prestation caractéristique et que c'est cette dernière que se trouve utilisée notamment pour la mise en œuvre du privilège de procédure.

Pour cette raison, il nous semble qu'il faut ici conserver l'esprit de la créance économique, la date d'exécution de la contrepartie. L'annulation d'un acte n'est en effet que l'acte lui-même inversé.

¹ Et les choses se compliquent pour l'impôt sur le revenu, impôt progressif. Les choses sont d'autant plus compliquées que pour la cédule des salaires ce n'est pas la date de naissance de la créance économique qui est utilisée, comme en BIC et IS par renvoi à ces derniers, c'est la date de perception du salaire, ce afin d'éviter que le particulier salarié n'ait à payer un impôt sur un revenu qu'il n'a pas encore perçu. En la matière, nous pensons que serait appropriée une ventilation proportionnelle en fonction des revenus perçus avant. La part d'impôt proportionnelle aux revenus perçue avant constitue une créance antérieure, tandis que la part correspondant aux revenus perçus après le jugement d'ouverture constitue une créance bénéficiant du privilège de procédure.

² P. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP G* 2005, 1509, n°83.

³ Com. 5 juin 2007 n°06-14863 F-S-P-B, *D.* 2007, 1730, A. LIENHARD, *JCP E* 2007, 2119, P. PÉTEL, *Banque et droit* 2007, n°115, p.76, T. BONNEAU, en l'espèce, l'indu résidait dans l'encaissement du chèque.

⁴ Com. 28 avr. 2009, n°08-14777, F-D, *GP* 26-28 juill. 2009, p. 20, L.-C. HENRY, *Rev. proc. coll.* 2009, p. 48, C. SAINT-ALARY-HOUIN, com. 20 janv. 2009, n°08-11098, F-P-B-R, *D.* 2009, 425, A. LIENHARD, *Def.* 2010, 469, G. GIBIRILA, *Dr. sociétés* 2009, comm. 80, J.-P. LEGROS, *GP* 2009, p. 21, L.-C. HENRY, *JCP G* 2009 I 136, M. CABRILLAC et P. PÉTEL, *JCP E* 2009, 1381, C. LEBEL, *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 116, p. 48, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *RLDA* 2009/36 n°2173, H. GUYADER, *RTD com.* 2009, 616, A. MARTIN-SERF, com. 28 mars 2007 n°05-21679, F-S-P-B, *D.* 2007, 1082, A. LIENHARD, *JCP E* 2007, 2119, M. CABRILLAC, com. 20 juin 2000, *RTD com.* 2000, p. 1010, A. MARTIN-SERF, com. 5 déc. 1995, *Bull.* n°283, com. 20 mai 1997, *Bull.* n°149, com. 3 févr. 1998, *RTD com.* 1998, 420, obs. A. MARTIN-SERF, *CA Paris*, 4 juin 2008, *JurisData* n°366772.

Si le contrat synallagmatique fut exécuté dans son entier, c'est alors la date de la restitution de la contreprestation qu'il faut prendre en compte. Si un bien est restitué à l'entreprise durant la phase de redressement en vertu d'un jugement résolutoire, peu importe la date du jugement annulant l'acte, qu'il soit intervenu avant ou après le jugement d'ouverture, ce qui compte c'est la date de restitution du bien. Intervenue durant la procédure, la créance de restitution du prix en retour donne lieu à une créance économique de restitution du prix née postérieurement et donc privilégiée. Intervenue avant la procédure collective, alors la créance économique du prix de restitution est antérieure et n'est pas privilégiée.

Si le contrat synallagmatique ne fut pas exécuté dans son entier, alors la contrepartie de la restitution réside dans la fourniture. C'est donc, comme en matière d'indu, la date du paiement qu'il faut prendre en compte et non pas la date de l'annulation de l'acte, ce qu'il s'agisse d'un paiement en argent ou en nature, d'une restitution en nature ou par équivalent. Si l'exécution sur laquelle il est revenu avait été accomplie avant l'ouverture de la procédure, alors la créance de restitution ne peut pas être privilégiée. Mais si cette exécution fut accomplie après l'ouverture de la procédure, alors la créance de restitution doit être privilégiée¹.

Cependant, il faut reconnaître que nous nous éloignons ici d'une stricte application de la créance économique et de sa date de naissance, ce pour quoi nous avons parlé de son esprit qui n'est autre que la date de fourniture de la contrepartie objective. Sans doute faudrait-il plutôt que le législateur intervienne pour aligner le régime des contrats résolus ou annulés sur celui des contrats en cours résiliés par l'administrateur ou le liquidateur.

Peut-être d'ailleurs la jurisprudence pourrait-elle étendre par analogie le sort des créances d'indemnité d'un contrat résilié à celui des créances de restitution d'un contrat annulé, car dans l'esprit, la problématique est tout de même très proche.

1222. Philippe Pétel² cite également les dettes **d'amende**. Il n'est pas possible de nier le caractère constitutif des jugements portant condamnation pénale ou assimilée lorsque le juge possède un pouvoir discrétionnaire quant à la fixation d'une peine et quant à la détermination de son montant alors même que l'infraction est avérée, car alors il n'est nullement certain avant le jugement de condamnation qu'une peine sera prononcée. Malgré tout, nous sommes ici en présence d'une créance dont les éléments constitutifs propres au débiteur et au créancier sont disjoints dans le temps. Il s'agit ici de l'un des rares cas où nous sommes en présence d'un **véritable germe de créance** au jour de la commission des faits incriminés. Les faits délictueux renferment les germes de leur sanction, la condamnation future. C'est à leur date qu'il y a lieu de fixer rétrospectivement la date de naissance

¹ Contra, à tort d'après nous, CA Paris 17 janv. 1990 obs. F. DERRIDA. Un client avait commandé avant l'ouverture de la procédure collective de son fournisseur, puis il avait payé par avance après l'ouverture afin de s'assurer de recevoir livraison. Le contrat ne fut pas exécuté et la Cour d'appel le déboute quant au caractère privilégié de sa créance de restitution du prix. La Cour d'appel se fonde sur la date de souscription du contrat conclu antérieurement au jugement d'ouverture. La décision est d'après nous hautement critiquable. En théorie, par rapport à ce que nous évoquons, c'est la date du fait annulé qu'il convient de prendre en compte car tel est l'esprit de la créance économique, le factuel, le réel, le réalisé. Or le prix à restituer avait été payé durant la procédure collective. La créance de restitution devait donc être une créance privilégiée. En opportunité surtout, nous avons ici l'envers du « *crédit fournisseur* » qui avait présidé à l'adoption historique et originelle de la priorité de paiement, le « *crédit client* ». Le client qui a le courage de maintenir sa relation contractuelle avec une entreprise en difficulté et de payer sa commande d'avance durant la procédure de redressement doit être assuré de la bonne exécution du contrat, à défaut et c'est un minimum de la bonne restitution du prix payé par lui à l'entreprise sous le joug de la procédure. En effet, si l'entreprise en difficulté a besoin de fournisseurs pour poursuivre son activité, elle a également besoin de clients !

² P. PÉTEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP G* 2005, 1509, n°83.

de la dette, tandis que la créance ne naît positivement qu'au jour de la condamnation. Le véritable germe de créance implique une dichotomie des dates de naissance entre les faces passive et active de l'obligation, il y a formation progressive, formation continue, et non pas instantanée, du droit de créance. Ce sont les dettes du patrimoine affecté à son redressement ou à sa liquidation qui sont concernées ici, la date de naissance de la dette sera donc être fixée au jour antérieur au jugement d'ouverture des faits délictueux et non pas au jour du jugement de condamnation.

Peut être rattachée à cette solution la créance de condamnation pour procédure abusive. Celle-ci naît au jour de la condamnation à cause du pouvoir discrétionnaire du juge en la matière, mais la date de naissance de la dette doit être fixée au jour du fait sanctionné, l'assignation abusive.

2/ L'admission d'exceptions objectives pour certaines créances très spécifiques

1223. Il y a des solutions pour lesquelles la jurisprudence devrait pouvoir œuvrer seule, car elles mettent en œuvre des mécanismes, des raisonnements déjà bien ancrés en droit tel le caractère accessoire de certaines créances (a). Par exemple, avant que cela ne soit consacré par les textes, la jurisprudence avait déjà affranchi les créances d'aliment de la discipline de la procédure, décidant que ces créances étaient hors procédure¹. D'autres solutions nécessitent au contraire l'aménagement dans les textes d'un régime dérogatoire spécifique (b). Il s'agit des dettes de réparation de deux dommages à l'intérêt hautement supérieur, le dommage corporel et le dommage environnemental. Ce ne serait pas la première fois qu'un régime spécifique est légalement consacré. Tel est déjà le cas pour les créances d'indemnité de la rupture d'un contrat par l'administrateur. Naissant de la rupture, l'indemnité était postérieure et bénéficiait du privilège de procédure avant que le législateur de 1994 ne vienne disposer que ces créances devaient être assimilées à des créances antérieures².

a) Les créances postérieures devant être assimilées à des créances antérieures par le biais de l'accessoire

1224. La date de naissance de la créance de la **caution** pose problème. Ce n'est pas le recours subrogatoire qui pose problème, car celui-ci naît nécessairement du droit transmis par subrogation, de la dette éteinte. C'est le recours personnel qui s'avère problématique, car la créance de recours personnel naît en principe du jour du paiement de la dette d'autrui³. Le caractère privilégié devrait alors en théorie dépendre de la date du paiement par la caution. Seules les juridictions du fond se sont explicitement orientées vers cette voie⁴. Comme le soulève Dominique Legeais, bien

¹ Com. 8 oct. 2003, n°00-14760, *JCP G* 2004 I 115. Crim. 7 janv. 2004, n°03-82337, P. Cette exception est aujourd'hui légalement consacrée à l'article L. 622-7 du Code de commerce quant à l'interdiction des paiements ainsi qu'à L. 622-24 du même Code quant à l'obligation de déclaration des créances.

² Il est vrai que, sur le plan des principes, les ruptures de contrats en cours ne sont pas inhérentes à l'activité de la société durant l'observation ou la procédure, mais plutôt à la procédure elle-même. Pour un rappel, voir com. 15 oct. 2002, *RD bancaire et financier* 2003, p. 31 n°35, com. 29 oct. 2002, *JurisData* 016264, *Rev. proc. coll.* 2003, n°2, p.148.

³ Il s'agit en effet d'un droit autonome, d'une obligation distincte de la dette cautionnée, civ. 25 nov. 1891, *DP* 1892, I, 261. Egalemeent com.16 juin 1981 Bull. n°274.

⁴ CA Metz 21 mai 2002, *Dr. Aff.* 2002 p. 2468. CA Rennes 31 mars 2000 *Rev. Dr. Banc.* 2000 p. 89, F.-X. Lucas.

qu'incontestable au plan théorique, « *fondamentalement la solution demeure choquante* »¹. Disposant du privilège de procédure au titre de son recours personnel, la caution à l'initiative du paiement et peut dès lors faire en sorte que sa créance soit privilégiée. C'est sans doute pour ces raisons que la Cour de cassation s'est orientée vers une naissance au jour du contrat de cautionnement², afin d'exclure la caution du privilège de procédure au titre de son recours personnel. Cette solution n'est toutefois pas non plus satisfaisante sur le plan de la cohérence d'ensemble du système juridique, car l'instrumentalisation de la date de naissance brouille ici cette dernière et renforce l'aspect dogmatique d'une naissance systématique de toutes les obligations au jour du contrat.

Pour le cas de la créance d'indemnité de rupture d'un contrat en cours de période d'observation par l'administrateur, la jurisprudence n'avait pas opéré une torsion du droit par la consécration de la thèse erronée de la négation de la responsabilité contractuelle. Cela lui aurait permis d'affirmer que la créance d'indemnité naissait du contrat rompu, car elle s'identifiait aux créances contractuelles inexécutées et la créance aurait été antérieure. Le législateur est alors intervenu pour consacrer, par une petite fiction le traitement de ces créances d'indemnité de rupture comme des créances antérieures. Cela était cohérent avec la logique des procédures collectives et avec le droit exorbitant en la matière à l'égard des cocontractants qui peuvent être contraints de poursuivre la relation contractuelle malgré l'absence de paiement de prestations antérieures, dérogeant ainsi à l'exception d'inexécution.

Mieux vaudrait faire de même ici, prendre acte de la naissance de la créance de recours personnel au jour de son paiement, mais de l'incompatibilité du mécanisme avec celui du privilège de procédure et de la nécessité d'une adaptation du droit. La cohérence serait alors sauvée sur tous les plans, en particulier quant à la date de naissance de la créance.

Le mécanisme du paiement de la dette d'autrui en général se prête mal à tous les cas où le patrimoine se trouve figé, car alors le paiement d'une dette de ce patrimoine se trouve transmuté en créance économique du patrimoine d'affectation, née à l'occasion de celui-ci et devant bénéficier du recours exclusif et systématique contre ce dernier. Ce n'est donc d'après nous pas seulement le droit des entreprises en difficulté qui se trouve ici concerné, mais aussi les autres procédures collectives que sont le surendettement et la procédure d'acceptation sous bénéfice d'inventaire en droit des successions.

Ce qui est choquant, si l'on regarde l'aspect économique des choses, si l'on s'affranchit des parties au rapport d'obligation, c'est que, grâce à ce recours personnel, **une créance antérieure se trouve économiquement transmutée en une créance postérieure par le truchement d'un paiement de la dette d'autrui**. C'est là une faille qu'il faut combler de façon plus claire et plus large que par une dénaturation de la date de naissance de la créance. Il semble difficile pour la jurisprudence de se libérer de cette faille. Il faut un texte.

¹ D. LEGEAIS, article op. cit. Contra, approuvant la logique de la solution postérieure d'une naissance de la créance de recours personnel au jour du contrat de cautionnement, M.-P. DUMONT et P. RUBELLIN, *Rev. proc. coll.* mars 2005 p. 50, chr., où l'auteur remarque que le projet de réforme du droit des entreprises en difficulté de l'époque, quant à l'adoption d'un critère téléologique est dans le sens de cette solution.

² Com. 30sept. 2008, n°07-18479, inédit, com. 30 juin 2004, n°01-14086 F-S-P-B, pour un recours de la caution solidaire, la solution était en plus sévère pour l'ex-épouse qui n'avait pu penser devoir publier à la procédure collective de son ex-mari sa créance de recours, ce avant même d'avoir été contrainte de payer. Com. 16 juin 2004 JurisData n°2004-024157, F-S-P-B, même solution pour un recours contre le cofidélusé, com. 19 déc. 2006 n°05-13461, P-B, même solution pour une garantie autonome.

Le droit du surendettement fait figure de modèle en la matière. En effet, l'article L. 331-3-1 du Code de la consommation dispose de l'interdiction du paiement de créances antérieures, mais également de l'interdiction de « *désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement* ». Nous avons vu que le droit des entreprises en difficulté pouvait inspirer le droit du surendettement par application de l'exception des créances économiques postérieures à la discipline de la procédure. L'inverse peut aussi survenir, car ici le droit des entreprises en difficulté serait avisé de s'inspirer du droit du surendettement. Le texte devrait cependant s'étendre à la créance née de tout paiement d'une dette du débiteur en difficulté, que ce soit en vertu d'un contrat de cautionnement, d'une garantie autonome ou d'une convention sui generis impliquant l'obligation de remboursement pour le débiteur initial et par conséquent l'absence d'intention libérale du *solvens*.

1225. À notre avis, un problème similaire, certes moins flagrant, se pose pour les créances de condamnation aux **dépens** et au titre de **l'article 700** du nouveau code de procédure civile. Ces créances naissent certes au jour du jugement de condamnation qui les prononce du fait du pouvoir discrétionnaire du juge en la matière. Cependant, ces dettes sont inhérentes à une procédure de justice diligentée pour obtenir le paiement forcé d'une autre dette. Or, l'action, c'est le droit en guerre, l'action est une composante du droit. La dette véritable est centrale ici, c'est le droit pour lequel la mise en œuvre de l'action fut nécessaire. Les dettes nées de cette mise en œuvre à l'égard du même créancier n'en sont que des accessoires.

Pour ces raisons, il nous apparaît que les créances de dépens et de l'art. 700 devraient endosser la date de naissance de la créance ou du droit duquel l'entreprise est condamnée. Il n'est en effet pas naturel qu'à l'occasion d'un jugement fixant une créance d'indemnité au profit d'une victime de l'entreprise en difficulté, la créance d'indemnité soit antérieure, car les faits dommageables de l'entreprise fautive avaient été commis avant le jugement d'ouverture, mais que les dettes de dépens et au titre de l'art. 700 soient quant à elles postérieures. Ces dettes ne sont que les accessoires de la première, elles lui sont inhérentes. Bien que nées avant, elles doivent donc emprunter le régime de la dette dont elles ont contribué à obtenir la condamnation.

Comme pour le paiement de la dette d'autrui, il nous semble que la solution pourrait être jurisprudentielle, car il y a emprunt de date de naissance pour l'application du privilège de procédure. Un texte pourrait cependant s'avérer plus approprié. Il pourrait y avoir regroupement avec le cas du paiement de la dette d'autrui, car le raisonnement appliqué est similaire, il y a emprunt de date de naissance.

b) Les créances d'un intérêt supérieur à celui de la procédure

1226. La jurisprudence avait déjà fait ses preuves pour ce qui concerne de déroger à l'application stricte du critère de date de naissance de la créance en procédures collectives, eu égard à la nature de la créance :

Pour éviter l'extinction des créances de pension alimentaire pour défaut de déclaration, et à cause du mode particulier de paiement forcé des pensions alimentaires (paiement direct ou recouvrement

public), la jurisprudence avait déjà admis une dérogation fondée sur la nature de la créance pour les créances d'aliments. La chambre commerciale de la Cour de cassation décidait donc par arrêt du 6 décembre 1994¹ que les dettes d'aliments sont hors procédure, elles n'ont donc pas à être déclarées et doivent être immédiatement payées, d'abord sur les revenus courants du débiteur, ensuite sur l'actif figé si nécessaire. La solution fut étendue par la suite aux créances de prestation compensatoire comportant un caractère alimentaire². Elle est aujourd'hui consacrée dans la loi.

1227. Il s'agit certes d'une créance ayant gonflé le volume des créanciers bénéficiant du privilège de l'ancien article 40, mais nous ne voulons pas pour autant qu'elle soit traitée comme créance antérieure, nous prônons qu'elle soit hors procédure comme créance de salaire.

La créance de salaire différé pose aussi un problème en sens inverse. Née du travail fourni par son bénéficiaire avant le décès de l'exploitant, elle ne devrait normalement pas bénéficier du privilège de procédure. L'application stricte de la règle de droit serait donc assez dure ici pour le bénéficiaire particulier de cette créance qui n'a pas reçu rémunération pour son travail passé. C'est pour cette raison, pensons-nous qu'un arrêt du 20 novembre 2001³ de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation fixe la date de naissance de cette créance, non pas au jour du travail, mais au jour du décès, afin de faire bénéficier l'héritier du privilège de procédure sur sa créance de salaire différé. L'arrêt énonce qu'il « *résulte de l'article L. 321-17 du Code rural que la créance de salaire différé naît du jour du décès de l'exploitant* ».

Pourtant, cette date de naissance ne va pas du tout de soi à la lecture de l'article cité par la cour. D'une part l'article aménage la possibilité d'un paiement avant décès, ce qui implique que la créance soit née avant le décès de l'exploitant. D'autre part, l'article, fixant le montant de salaire en fonction du SMIC, dispose qu'il faut prendre le SMIC en vigueur au jour du décès ou bien au jour « *du règlement de la créance, si ce règlement intervient du vivant de l'exploitant* ». C'est dire que la créance existe bien avant décès. Au surplus, l'analyse du texte montre que la créance existe bien avant le décès, car il n'est laissé aucune marge d'appréciation, si les conditions objectives fixées par le texte sont remplies avant le décès, il est certain que la somme sera due au jour du décès. Le décès n'est pas la date de naissance de la créance, il n'en est que le terme incertain. On est certain dès avant décès que la créance sera due, mais on ne sait pas quand, dès lors que la date du décès est inconnue avant sa survenance. La créance naît avant décès, mais elle est exigible au décès⁴.

Si la solution doit être approuvée d'après nous, la méthode utilisée pour y parvenir est plus discutable, car elle procède d'une dénaturation de la date de naissance de la créance de salaire différé qui se retrouve fixée au jour du décès alors qu'elle était née avant. Une autre voie pourrait être employée.

¹ Com. 6 déc. 1994, Bull. n°361.

² Com. 8 oct. 2003, Bull. n°151 et 152 (2 arrêts).

³ Civ. 1, 20 nov. 2001, n°98-15576, inédit, JCP G 2002, 1187

⁴ Confond ainsi naissance et exigibilité ou liquidité l'arrêt de la cour de cassation qui casse un arrêt d'appel pour avoir admis l'inscription d'une hypothèque pour la garantie d'une créance de salaire différé avant le décès de l'exploitant, civ. 1, 13 avr. 1999, n°97-12896, inédit). C'est la position de la cour d'appel qui nous semble exacte quant à elle, « *la créance de salaire différé naît de l'exécution du travail, même si son exigibilité est reportée au décès de l'exploitant* ».

Il existe une catégorie de créance qui n'est pas soumise à la discipline de la procédure, les créances de salaire dues en vertu d'un contrat de travail. Or, l'art. L. 321-13 du Code rural et de la pêche maritime dispose clairement que les descendants de l'exploitant ayant contribué sans contrepartie à l'activité « *sont réputés légalement bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé* »¹. Il y a donc lieu d'après nous d'assimiler la créance de salaire différé à une créance de salaire et de lui appliquer cette qualification et le régime correspondant au regard du privilège de procédure, le paiement de cette créance passera avant toute autre, excepté peut-être les salaires par origine et non par analogie et bien entendu les créances d'aliments.

Si la jurisprudence pourrait suffire pour des raisonnements par analogie ou l'application de mécanismes déjà bien ancrés en droit tel l'accessoire, ce n'est plus le cas lorsqu'il s'agit de construire un régime sur mesure pour des créances toutes particulières, mais à l'intérêt hautement supérieur. Nous glissons alors sur le terrain de la pesée des intérêts concernés par la nature particulière des créances au regard de celui, double, mais toujours économique, du droit des entreprises en difficulté, le redressement de l'entreprise ou bien le paiement ordonné des créanciers.

1 - Le dommage corporel, une nouvelle créance hors procédure

1228. C'est une idée que nous soumettons ici. La problématique reste certes limitée, car les assurances de responsabilité permettent de juguler le problème. Malgré tout, les assurances de responsabilité professionnelle ne sont pas toujours obligatoires et elles ne couvrent pas toujours l'intégralité du préjudice. Certes, la victime d'un préjudice corporel bénéficiera du privilège de procédure si son dommage lui a été causé durant la procédure. Mais elle ne devrait pas en bénéficier, sauf dénaturation de la date de naissance de la créance, si son dommage lui a été causé avant le jugement d'ouverture.

Dès lors, est-il raisonnable d'infliger à la victime d'un préjudice corporel la discipline de la procédure ? Cela signifie qu'elle ne pourra pas poursuivre son débiteur en paiement, qu'elle sera payée après tout le monde en tant que créancier chirographaire. Surtout, si elle ne déclare pas sa créance, alors celle-ci sera inopposable à la procédure et ne participera même pas à la distribution. Ajoutons à ces observations qu'il faudra à la victime penser à déclarer sa créance à titre provisionnel pour le cas où le jugement d'ouverture de la procédure interviendrait après le dommage, mais avant le jugement de condamnation qui en fait la liquidation.

La dignité de la personne humaine l'emporte sur des considérations économiques. Le préjudice corporel, et uniquement lui, devrait à notre sens recevoir un traitement analogue à celui de la créance d'aliment, dès lors qu'il n'est pas couvert par une assurance de responsabilité.

Toute méthode autre que législative nous paraît difficilement envisageable ici. C'est donc au législateur d'accorder un régime spécifique aux dettes de dommages corporels non couvertes par une assurance.

¹ L'alinéa 1^{er} qualifie cette rémunération rétrospective de « *salaire* » et le dernier alinéa répète la qualification de « *contrat de travail* ».

2 - Le dommage environnemental, un régime sur mesure

1229. Une prise de conscience de l'importance fondamentale de préserver notre environnement est apparue depuis le début de ce siècle et se manifeste avec davantage de force chaque jour sur le plan juridique. Les lois qui étaient applicables en la matière furent codifiées au sein d'un Code de l'environnement par ordonnance du 18 septembre 2000. Une déclaration pour la sauvegarde et la protection juridique de l'environnement fut proclamée le 3 juin 2008¹. La jurisprudence reconnaît, depuis la catastrophe écologique de l'Erika, l'existence et la nature particulière du préjudice écologique². Et la doctrine propose d'adopter un régime spécifique de responsabilité en la matière afin de prévenir avec plus d'efficacité les dommages causés à l'environnement³. Le droit des entreprises en difficulté ne fait pas exception à cette prise de conscience. Ainsi, depuis la réforme de 2005, un bilan environnemental est prévu à l'ouverture de la procédure⁴.

1230. Il est dès lors compréhensible que la créance de dépollution n'échappe pas à cet intérêt. Or, en la matière, la communauté juridique ressent bien l'importance supérieure de cette créance, mais ne dispose pas de l'arsenal légal pour lui donner le traitement privilégié qu'elle mériterait. C'est pourquoi la jurisprudence s'est naturellement orientée vers une instrumentalisation de la date de naissance de la créance, consciemment ou non, mais dans tous les cas pour la bonne cause. La date de naissance de ladite créance se trouve ainsi retardée autant que besoin pour qu'elle puisse bénéficier du privilège de procédure.

Un jugement du TGI de Béthune du 13 mai 1998⁵ fixait ainsi la date de naissance de la créance de dépollution au jour de l'arrêt de l'activité, en l'espèce postérieure au jugement d'ouverture de la procédure. Un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble de 1999 est également en ce sens⁶. Et lorsque la cessation d'activité s'est trouvée antérieure à l'ouverture d'une procédure de liquidation, il n'eut d'autre solution que de reculer encore la date pour lui faire bénéficier du privilège de procédure. Ainsi, par arrêt du 17 septembre 2002⁷, la chambre commerciale de la Cour de cassation fixait la date de naissance de la créance du Trésor au jour de l'arrêté préfectoral ayant ordonné la consignation des fonds nécessaires à la dépollution, ce afin de lui faire échapper à la sanction d'extinction pour défaut de déclaration.

¹ LPA, numéro spécial du 21 août 2008.

² CA Paris 30 mars 2010, *JCP G* 2010 432 K. LE COUVIOUR, affaire de l'Erika, où la cour augmente substantiellement les dommages et intérêts (192,5 à 200,6 M€) par la reconnaissance de ce préjudice écologique.

³ Catherine THIBIERGE, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, 577.

⁴ Art. L. 621-54 du Code de commerce. Ce bilan comporte diverses rubriques, identification et description du site, occupation du site, environnement du site, pollution(s) potentielle(s), mesures d'urgence déjà prises, mesures d'urgence prévues ou à prendre, surveillance de l'impact,...

⁵ TGI Béthune 13 mai 1998, *Act. Proc. Coll.* 1999, n°7, spéc. n°95.

⁶ CA Grenoble 31 mars 1999, *Dr. Envir.* 2000 n°78 p. 4.

⁷ Com. 17 sept. 2002, n°99-16507, P, *D.* 2002, 2735 obs. A. LIENHARD. Déjà en ce sens, CA Versailles, 21 déc. 2000, *JurisData* 155412, *Rev. proc. coll.* 2002, 100, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN. Les solutions sont fondées sur l'art. 34-1 du Décret n°77-1133 du 21 sept. 1977, aujourd'hui codifié au Code de l'environnement. Dans le même sens, CA Grenoble, 28 juin 2006, *JurisData* n°2006-321663.

C'est là un subterfuge qui brouille la date de naissance de la créance sur le plan théorique et qui donne matière aux défenseurs du critère téléologique que nous avons tant critiqué¹.

La créance de dépollution ne naît pas de la cessation d'activité, elle ne naît pas d'une décision préfectorale postérieure ordonnant la dépollution, elle naît simplement de la pollution initiale du site². Si une analogie avec le droit pénal est possible quant au plan supérieur des intérêts protégés, les intérêts de la société, ce n'est que vers le droit de la responsabilité que peut aller l'analogie technique, car dépolluer, ce n'est pas sanctionner par une amende ou de la prison la pollution, c'est retrouver le statu quo ante au fait répréhensible de pollution.

1231. Cela ne signifie pas pour autant que la créance ne doive pas être privilégiée. Mais ce privilège nécessite à notre avis d'être taillé sur mesure.

En toute hypothèse, les actes de pollution intervenus durant la période d'observation ou durant la procédure de liquidation donnent lieu à une créance de dépollution relevant du privilège de procédure comme née après l'ouverture de celle-ci et par conséquent immédiatement exigible. Cette solution naturelle permet d'assurer la responsabilisation des organes de la procédure.

Ce sont les dommages antérieurs qui nécessitent un régime légal spécifique. Si la créance de dépollution est éminemment digne d'intérêt, il ne faut pas non plus perdre de vue que son montant est généralement élevé. C'est pourquoi nous proposons un éclatement du régime privilégié des créances postérieures, de sorte qu'il ne doit plus s'agir d'une créance postérieure, ni même d'une créance antérieure traitée comme postérieure.

D'un côté, puisque la pollution est avérée, et dès lors qu'elle ne s'aggrave pas ou ne génère pas de nouveaux dommages pour autrui³, il n'est pas de raison de sacrifier précipitamment toute chance de redressement par le paiement immédiat de la créance de dépollution. Comme en matière de liquidation où le redressement constitue la meilleure garantie pour les créanciers sociaux, il peut être préférable de donner toutes ses chances au redressement pour que l'entreprise ait dans le futur les moyens de dépolluer, dans l'hypothèse où elle ne les aurait présentement pas. Pour ces raisons, nous pensons que la créance de dépollution ne doit pas être immédiatement exigible comme le sont les créances postérieures privilégiées. Elle ne doit pas non plus pouvoir faire l'objet d'un paiement volontaire.

D'un autre côté, l'extinction, l'inopposabilité ou le classement en dernier rang parmi les simples créanciers chirographaires ne nous paraît pas être à la hauteur de cette créance représentant un intérêt éminemment supérieur. Pour cette raison il nous semble que la créance doit échapper à l'obligation de déclaration. L'ouverture de la procédure comporte un bilan écologique, le mandataire est informé de la situation et il doit tenir compte de la créance de dépollution. Pour le classement, il nous semble

¹ G. JAZOTTES, article op. cit., l'invoque pour justifier l'avènement du critère téléologique (« Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36.

² En ce sens incidemment, D. VOINOT, « Obligation de remise en état d'un site pollué, opposabilité ou inopposabilité à la procédure collective ? », *D.* 2004, 629 à propos de cass. 19 nov. 2003. L'auteur remarque que « la pollution du site n'est certainement pas due à la seule poursuite de l'activité en période d'observation ou après le prononcé de la liquidation judiciaire », sans en expliciter les inférences sur la date de naissance de la créance. En ce sens, également, nous semble-t-il, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Rev. proc. coll.* 2007 p. 145, « les arrêtés préfectoraux prononcent la sanction de l'inexécution de l'obligation de remettre les lieux en état mais ne font pas naître cette obligation ». Il nous apparaît que l'obligation naît de la pollution elle-même et ne devient exigible qu'au jour de l'arrêt du site.

³ A défaut de quoi on retombe sur le privilège de procédure car les nouveaux dommages donnent de nouvelles créances.

que la créance doit venir après les créanciers privilégiés de l'art. L. 622-17, à défaut de quoi son montant généralement important ferait perdre tout crédit à la société en redressement ou en liquidation de telle sorte qu'elle ne disposerait plus des fournisseurs nécessaires à son redressement ou à la valorisation de son actif.

C'est donc un régime spécifique et hybride que nous proposons pour la créance environnementale antérieure à l'ouverture de la procédure collective : la suspension de l'exigibilité, du paiement et des poursuites, certes, mais une avec une dispense de déclaration et un classement privilégié juste après les créanciers postérieurs de l'article L. 622-17 du code de commerce.

1232. Pour conclure **sur le critère téléologique inséré par la réforme du 26 juillet 2005**, loin de simplifier les choses, celui-ci téléologique brise l'équilibre entre le sacrifice des créanciers et les chances de redressement de l'entreprise par la prise en compte d'une déficience des administrateurs et liquidateurs judiciaires. La poursuite de contrats inutiles, pire, les commandes ou les passations de nouveaux contrats inutiles généreront au premier plan la sanction du créancier cocontractant. Ne bénéficiant plus du privilège de procédure, celui-ci ne pourra obtenir paiement qu'en s'orientant vers un recours en responsabilité contre l'administrateur ou le liquidateur. Au demeurant il n'est pas certain que ce recours aboutisse, tout dépendra de l'appréciation du comportement fautif par les juges du fond, qui peuvent par exemple estimer l'absence de faute en cas d'absence de mise en demeure par le cocontractant sur le sort du contrat où l'administrateur pourra alors prétendre avoir ignoré son existence. Quoi qu'il en soit, quant à ce recours en responsabilité, ce n'était pas au créancier d'être placé en première ligne de la sanction de l'incurie des organes de la procédure. La société devrait régler les fonds, puis la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire devrait être engagée à son égard.

Nous ne pouvons donc qu'approuver la jurisprudence qui a visiblement décidé de prendre un peu de recul par rapport à la lettre du texte pour préserver la cohérence d'ensemble du système juridique, à tout le moins du droit des entreprises en difficulté. Souhaitons que l'évolution en la matière finisse par aboutir à la suppression de cette fausse bonne idée que constituait l'adoption de ce critère téléologique. Dans ce but, nous avons proposé un certain nombre de solutions afin que les problèmes qui avaient présidé à son adoption soient sainement et précisément résolus. Et pour le surplus, mieux vaut améliorer les textes, peaufiner le régime particulier du privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté par des axes et des dispositions spéciales que d'écarter le critère objectif de date de naissance de la créance économique en tentant de le supplanter par un critère téléologique trop subjectif, malléable et insécurisant. Autrement dit, mieux vaut régler le fond du problème que de le fuir. Concernant les axes spéciaux, il faut simplement veiller à ce que la compatibilité de certains mécanismes du droit qui aboutissent par leur application stricte à transmuter une créance antérieure en créance postérieure. C'est le cas du paiement postérieur de la dette antérieure du débiteur en procédure collective, mais c'est aussi quelque part le cas des jugements postérieurs modifiant une situation juridique antérieure tels les jugements d'annulation ou de résolution d'un contrat. Quant aux régimes sur mesure, nous avons soulevé qu'il serait intéressant de le concevoir pour des créances à l'intérêt supérieur à celui du redressement de l'entreprise tels par exemple les cas du préjudice

corporel ou encore celui du préjudice causé à l'environnement. La réflexion reste ouverte. Par exemple, peut-être pourrait-il être envisagé un cas d'extension automatique de la procédure aux dirigeants de l'entreprise aux époques de pollution du site, afin que la barrière de la personne morale ne soit jamais d'une protection suffisante pour leur faire échapper à la responsabilité de leurs actes.

Contre l'idée de laisser lettre morte le critère téléologique ou celle de le supprimer à l'occasion d'une prochaine réforme, il pourrait être argué que celui-ci se trouve en corrélation avec la nature de privilège récemment acquise par la faveur de l'ancien article 40¹. Celle-ci ne fut en effet consacrée que par la réforme du 25 juillet 2005 à l'article L. 622-17 du Code de commerce. Elle lui était refusée auparavant par la jurisprudence² au motif que le critère objectif de la date de naissance de la créance ne constituait pas une qualité inhérente à la nature de la créance, mais simplement la résultante d'une circonstance conjoncturelle. Cette observation permet d'achever l'idée de la suppression du critère téléologique par une anticipation sur l'une de ses conséquences, la seule à notre connaissance en l'état de la jurisprudence qui n'en fait pas grand usage pour cantonner le nombre des créanciers privilégiés. Nous ne pensons pas que le seul critère objectif de la date de naissance de la créance soit incompatible avec l'idée d'une qualité intrinsèque constitutive d'un privilège. Dès lors et pour nous, la qualité de privilège devrait perdurer malgré la jurisprudence antérieure qui la refusait. Il ne s'agit pas d'une simple date de naissance, il s'agit de la date de naissance de la créance économique. Originellement, elle est le moyen incontournable du crédit de l'entreprise en redressement ou en liquidation. Avec plus de recul, elle permet d'identifier le passif spécifique du patrimoine d'affectation dédié au redressement ou à la liquidation d'une situation financière difficile. Ce sont là d'après nous des qualités intrinsèques, il ne s'agit pas de n'importe quelle créance.

Au surplus, l'enjeu pratique de cette qualification s'avère marginal, si bien que sa disparition ne se ferait pas sentir et ne perturberait pas significativement le mécanisme du droit des procédures collectives. D'ailleurs, Alain Lienhard n'est visiblement pas convaincu des effets de cette qualité puisqu'il choisit la prudence et conseille aux créanciers concernés de publier leurs créances en mentionnant la qualité du privilège³.

Conclusion de section, dans la procédure commerciale :

1233. À titre conclusif sur l'utilisation de l'acception économique de la créance pour déterminer le passif exempté de la discipline de la procédure, il convient d'insister sur trois points.

De façon générale, l'utilisation exclusive garantit en principe l'objectivité dans la détermination des créances privilégiées, des créances composant le passif de procédure, le passif du patrimoine affecté au redressement ou à la liquidation. Or, l'objectivité est la seule voie envisageable pour le crédit de

¹ P. CROQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, 1306, spéc. n°20. L'auteur explique que la qualité de privilège n'a pu être consacrée que grâce à l'adoption du critère téléologique d'utilité pour la procédure qui fait de ce privilège nouveau une faveur inhérente à la nature, à la qualité de la créance.

² Com. 5 févr. 2002, n°98-18018, P, explicitement, « la priorité de paiement instituée par l'article 40 (...) qui ne dépend pas de la qualité de la créance ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil ». Mais la résultante avait déjà été consacrée antérieurement, la nécessité de déclarer à nouveau lors de l'ouverture d'une nouvelle procédure collective : com. 28 juin 1994, n°91-16090, P, pour des créances d'URSSAF afférentes à la première procédure ; com. 12 juill. 1994, n°90-18265, P, pour des créances d'impôt sur des revenus perçus durant la première période d'observation et au motif que la loi ne distingue pas.

³ A. LIENHARD, *op. cit.*, Delmas, n°1044.

l'entreprise, pour le crédit du patrimoine dégénéré en patrimoine d'affectation. Ce crédit est vital, à tel point que l'outil permettant de le préserver, le traitement de faveur des créanciers postérieurs, s'est imposé de lui-même dès l'origine comme une évidence incontournable, comme une chose naturelle. Seule l'objectivité est source d'une sécurité suffisante pour que les fournisseurs acceptent de continuer à alimenter la procédure sous le coup d'une procédure collective, que ce soit en période d'observation, en période de redressement, ou en période de liquidation. En présence d'éléments subjectifs, ces partenaires ne pourront jamais avoir la certitude que leur créance ne sera pas en fin de compte jugée inutile et qu'en conséquence il ne seront pas payés ou il seront obligés de rembourser les paiements déjà perçus. Le double mouvement de subjectivité sonne donc le glas du crédit de l'entreprise sous le coup d'une procédure. Peut-être faudra-t-il attendre quelques mésaventures de quelques créanciers pour que la méfiance s'installe. C'est sans doute pour cette raison que la Cour de cassation veille à cantonner le critère téléologique à une peau de chagrin. Il n'en reste pas moins qu'au plan théorique, l'insécurité s'est doublement installée.

1234. De façon plus spéciale, l'insécurité et la subjectivité s'installent en contemplation de la phase de liquidation. Une pression s'opère pour que les créances de cette phase soient nécessairement inutiles puisque le redressement ne se poursuit pas. C'est là une grave erreur qui montre une méconnaissance de l'évolution historique de la faveur des créanciers postérieurs. Celle-ci ne s'est pas imposée initialement pour le redressement, mais pour la liquidation. Le crédit est en effet primordial en phase de liquidation, car il permet seul de valoriser les actifs, d'achever les opérations en cours, de recourir à tous les services nécessaires au déroulement efficient de la liquidation. **La nécessité de crédit, et donc d'objectivité dans le critère de détermination des créanciers privilégiés, concerne aussi bien la phase de redressement que la phase de liquidation.** Il y va de l'intérêt collectif des créanciers du débiteur, de ceux dont la créance s'est trouvée figée.

Mais il est vrai que l'ère est au sacrifice des créanciers professionnels par une politique législative à courte vue, qui ne voit pas le contrecoup se profiler à plus long terme et ne traite pas les maux à leur racine, mais par des placebos.

1235. Dans cette optique de sacrifice des créanciers, le deuxième élément spécial concerne **le critère téléologique**. Sanctifié par la doctrine, ce critère **sonne en réalité le glas du crédit de la procédure**. Ce serait du moins le cas s'il était utilisé avec l'amplitude que la doctrine semble lui prêter, de façon générale. Fort heureusement, il n'en est rien. Le législateur lui-même est revenu sur le projet initial de loi en affranchissant les prestations fournies après le jugement d'ouverture de toute appréciation quant à leur utilité. Celles-ci, à la lecture du texte, ne sont pas astreintes au critère d'utilité, mais dépendent du seul critère objectif de date de naissance de la créance. Certes, cela pourrait se présenter comme une présomption irréfragable d'utilité, mais n'est-ce pas en partie ce que porte en elle la créance économique qui ne naît, dans les rapports synallagmatiques, qu'au jour de l'exécution de la contreprestation et non pas au jour de la signature du contrat, au jour du concret et non pas au jour prématuré des promesses, même juridiquement protégées. Et la jurisprudence amplifie ce cantonnement en octroyant le privilège de procédure à toute créance « inhérente » à l'activité de l'entreprise, ce qui achève de restreindre à une portion très congrue l'utilité du critère téléologique.

Il est naturel que les créanciers qui fournissent des biens et des services à une personne sous le coup d'une procédure collective soient affranchis de la discipline de cette procédure afin qu'ils puissent

être payés. À défaut, aucun bien ou service ne pourrait être fourni durant la procédure, ce qui, dans le cas d'une procédure commerciale, signifierait une liquidation nécessaire dans les pires conditions. C'est la raison pour laquelle, eu égard au caractère naturel de l'affranchissement de la discipline de la procédure collective pour les créanciers économiquement postérieurs à son ouverture, il nous semble que le mécanisme doit aussi s'appliquer pour les autres procédures collectives, la procédure de surendettement en droit de la consommation et plus spécifiquement en droit du surendettement des particuliers, et la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net en droit des successions.

Section 2 : Dans les autres procédures collectives

1236. Etant donné son caractère naturel, la technique de l'exception du privilège de procédure et l'utilisation de la créance économique dans son cadre pourraient être étendues à d'autres procédures collectives qu'à celle du droit des entreprises en difficulté.

Dans ce domaine, si la réforme de 2005 a supprimé la sanction de l'extinction de la créance pour défaut de déclaration, celle-ci a resurgi contemporanément dans le cadre de deux procédures collectives, la procédure de surendettement (§1) et la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net (§2). Or, il nous semble que dans ces deux nouvelles procédures, le privilège de procédure devrait naturellement s'appliquer de façon analogue à la procédure collective du droit des entreprises en difficulté. Cela se conforte lorsque l'on prend en considération le fait que ces deux nouvelles procédures ont fortement été inspirées de celle du droit des entreprises en difficulté¹.

§ 1 : La procédure du surendettement des particuliers

1237. En matière de surendettement des particuliers, la décision d'admission du dossier devant la commission de surendettement emporte la suspension des voies d'exécution en cours. L'article L. 331-3-1 du Code de la consommation dispose également en son alinéa second de l'interdiction « *de payer en tout ou partie une créance (...) née antérieurement à la suspension...* ».

Par ailleurs, une procédure de déclaration des créances sous peine d'extinction a été créée lors de l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel. Il résulte des articles L. 332-7 et R. 334-16 du Code de la consommation que les créanciers doivent alors déclarer leurs créances dans les deux mois qui suivent le jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel, à défaut de quoi leurs créances sont éteintes.

Le mécanisme est effectivement très proche du droit des procédures collectives. Pour cette raison, il nous apparaît que les créances antérieures concernées par la suspension des poursuites doivent s'apprécier par application du concept de créance économique. De même, seules les créances économiques antérieures à l'ouverture de la procédure de rétablissement doivent être concernées par l'extinction pour défaut de déclaration.

¹ Voir obs. sous l'article L. 332-7 du Code de la consommation pour la procédure de surendettement. Voir Christian JUBAULT, *Les successions*, Montchrestien, 2^e éd., n°1078 où l'auteur observe les traits communs avec le droit des procédures collectives.

1238. Certes les textes n'énoncent pas un privilège de procédure . Toutefois, **le classement préférentiel lors de la procédure de distribution est une chose, l'affranchissement de la discipline de la procédure en est une autre.**

En droit de la consommation, il est fait interdiction au débiteur d'aggraver sa situation. Toutefois, celui-ci pourrait être amené à passer des actes après l'acceptation de son dossier par la commission ou encore durant la procédure de rétablissement personnel. Par exemple, il pourrait être amené à diligenter des travaux de restauration ou de ravalement sur un immeuble afin de valoriser ou de conserver la valeur de son actif. Ces travaux pourraient avoir été commandés avant et se trouver exécutés qu'après, ou encore être en cours d'exécution. La portion du prix de l'exécution postérieure à l'admission du dossier par la commission de surendettement ne doit pas être concernée, ni par l'interdiction des paiements ni par la suspension des poursuites. Le débiteur doit pouvoir la payer, le créancier doit pouvoir poursuivre. De même, la créance de prix des prestations exécutées après l'ouverture de la procédure de rétablissement personnel ne doit pas être astreinte à l'obligation de déclaration ni atteinte par l'extinction pour défaut de déclaration.

1239. La jurisprudence va d'après nous dans ce sens. Elle statue bien dans le sens d'une absence de suspension des poursuites concernant les titulaires de créances postérieures. Ainsi, dans un arrêt de la 2^{ème} chambre civile du 20 janvier 2011, se trouve confirmé le rejet d'une demande de main levée de la saisie pratiquée par un créancier, la copropriété, au titre d'une créance de charges de copropriété, au motif que la créance, dont le paiement était poursuivi, était une créance postérieure non atteinte par la suspension des poursuites¹. Mais en l'espèce, les charges de copropriété naissent au jour de la décision d'assemblée générale décidant des fonds à appeler, il n'y a pas de décalage entre les naissances économique et juridique, ces charges ne sont pas la contrepartie directe des prestations, elles résultent d'une obligation légale dont dispose le statut de la copropriété.

L'acception de la créance économique doit donc s'appliquer lors d'une procédure de surendettement pour affranchir les créances économiquement nées après de la discipline de cette procédure. Les créances de prix d'une exécution postérieure à l'ouverture de la procédure doivent être affranchies de la sanction de l'extinction pour défaut de déclaration ainsi que de la suspension des poursuites et de l'interdiction des paiements. À défaut, le débiteur sous le coup d'une telle procédure serait dans l'impossibilité de se procurer les biens ou les services qui seraient pourtant nécessaires. Il en va de même à notre avis de la déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net en droit des successions.

¹ Civ. 2, 20 janv. 2011, n°09-72828, P.

§ 2 : La procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net

1240. La nouvelle procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net, instaurée par la réforme des successions du 23 juin 2006 instaure une procédure collective de règlement des créanciers inspirée à certains égards de la procédure du droit des procédures collectives. L'article 792 du Code civil dispose que les créanciers doivent déclarer leurs créances dans les 15 mois de la publicité de l'acceptation à concurrence de l'actif net, à défaut de quoi leurs créances sont éteintes. L'article 796 du même Code prévoit d'abord le paiement des créanciers inscrits selon leur rang, ensuite le paiement des autres créanciers dans l'ordre de leurs déclarations, enfin le règlement des legs en dernier lieu. Le paiement constitue donc à certains égards le prix de la course à la déclaration, mais cela n'a pas pour effet de dilapider, de dévaloriser l'actif successoral par des saisies intempestives dans la mesure où l'héritier gestionnaire fait office de tampon, gérant et liquidant l'actif au meilleur prix, payant les créanciers dans l'ordre des déclarations.

Cette nouvelle procédure a malgré tout fait l'objet de vives critiques, notamment quant à la réapparition de la sanction de l'extinction que l'on venait à peine de réussir à faire disparaître en droit des entreprises en difficulté¹.

Une critique peut être ajoutée. Rien n'est prévu pour les créances à terme et les contrats en cours, si bien que le législateur nous semble à tout le moins avoir confondu naissance et exigibilité de la créance, considérant qu'il n'existe que des créances non exigibles au jour du décès. Si l'article 798 du Code civil conditionne la poursuite des créanciers personnels de l'héritier sur les biens successoraux au « *désintéressement intégral des créanciers successoraux et des légataires* », aucune disposition ne prévoit la déchéance du terme des dettes successorales. Or, non seulement le terme peut être stipulé au profit du créancier comme dans le cas d'un emprunt avec intérêt, mais il pourrait être intéressant pour certains héritiers de se voir allotis certaines dettes de la succession, par exemple la dette de prêt pour l'acquisition d'un immeuble pourrait être allotie avec l'immeuble en question, ce qui permettrait à l'héritier qui n'a pas les moyens de payer une soulte, d'hériter de l'immeuble et des modalités de remboursement du prêt².

1241. Comme pour le droit du surendettement, il nous apparaît que l'acception économique de la créance doit naturellement s'appliquer pour affranchir les créanciers de la discipline de la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net lorsque l'acception économique de leur créance est née après la déclaration de l'héritier ouvrant le début de la procédure. Comme rien n'est légalement

¹ C. JUBAULT, op. cit., n°1080 où l'auteur critique vertement la sanction de l'extinction, dangereuse pour les non-professionnels car, non seulement ils n'en ont pas l'habitude, mais en plus il n'existe pas de moyens informatiques automatisés comme pour les professionnels qui facilitent la veille en la matière. Et l'auteur observe également que cette mesure risque de porter atteinte au crédit des personnes âgées. S. PIEDELIEVRE, « Crédit et successions : la sécurité de l'héritier passe avant les droits des créanciers successoraux », *Droit et pat.*, mars 2007 n°157 p. 59. Dans son article, l'auteur insiste de façon continue sur l'inspiration de la nouvelle procédure collective de paiement des créanciers en droit des successions par le droit des entreprises en difficulté, déclaration des créances, suspension des poursuites.

² Certes, dans pareille hypothèse il est généralement souscrit une assurance décès invalidité qui assure le remboursement intégral des échéances restant à rembourser au jour du décès. Les banques l'exigent systématiquement en pratique, mais il ne s'agit pas là d'une obligation légale. Au surplus, cela suppose également que le contrat de prêt ne prévoit pas une déchéance du terme dans le cas du décès de l'emprunteur. D'autres schémas peuvent être imaginés où il peut être intéressant d'allotir une dette ou un contrat en cours, voire où un contrat en cours se trouve nécessairement alloti si l'on pense au bail commercial dans le cas d'un fonds de commerce repris par un héritier.

prévu, il ne saurait y avoir de paiement prioritaire, ni même de privilège au profit de ces créanciers. Seul l'affranchissement naturel de la discipline de la procédure joue ici.

Comme précédemment, l'acceptation à concurrence de l'actif net engendre la suspension des voies d'exécution¹, l'interdiction de l'inscription de sûretés nouvelles. Les paiements ne sont pas interdits, mais sont ordonnancés. Et les créanciers doivent déclarer leurs créances sous peine d'extinction.

La procédure peut être longue, quinze mois. Durant ce temps, l'héritier peut avoir à faire de nouveaux actes afin de préserver la valeur de l'actif ou d'augmenter adroitement la valeur de celui-ci. Par exemple, avant de vendre l'appartement du défunt, il peut être intéressant d'y faire des travaux de rénovation. Et comme remarqué en matière de surendettement, des travaux ordonnés avant décès peuvent être en cours d'exécution. De même, un contrat de location d'alarme ou de sécurité peut également être en cours au jour du décès, ou encore un éventuel contrat d'assurance.

Dans les hypothèses de contrats en cours, les créances juridiques de prix des prestations sont nées avant la déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net, mais leur acception économique naît en partie après ladite déclaration d'acceptation. Ces créances économiques nées après le début de la procédure doivent naturellement être affranchies de la discipline de la procédure. Le prix des travaux postérieurs ou le prix de la jouissance postérieure de biens ou de services loués ne sont pas astreints à déclaration et ne sont donc pas éteints si cette dernière n'est pas effectuée. Également, ces créances peuvent donner lieu à l'inscription de sûretés nouvelles, ce qui peut permettre à l'héritier gestionnaire d'obtenir un financement pour des travaux de ravalement d'un immeuble de la succession par exemple ou encore pour d'importants travaux de réfection qui s'imposent ou qui pourraient permettre de valoriser l'actif de façon intéressante avant sa revente pour liquidation et partage.

La procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net se rapproche davantage de la liquidation. Mais, comme nous l'avons observé en droit des entreprises en difficulté, l'affranchissement de la procédure est également vital dans cette dernière, à la fois pour que le liquidateur puisse recouvrir aux services indispensables à la liquidation elle-même, mais également pour qu'il puisse l'effectuer de façon efficiente en achevant les prestations en cours et en valorisant l'actif si cela est possible. Il en va de même ici pour la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net.

Conclusion de section, dans les autres procédures collectives :

1242. S'il est certain que le législateur s'est inspiré du droit des entreprises en difficulté pour les procédures de surendettement et d'acceptation à concurrence de l'actif net, il aurait pu prendre en compte certains reproches formulés et certaines évolutions appropriées en la matière, en particulier la sanction de l'extinction pour défaut de déclaration qui constituait une sanction disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi et heurtait la protection conventionnelle des créances. Disparue du droit des entreprises en difficulté, la sanction de l'extinction d'une créance pour défaut de déclaration à l'ouverture d'une procédure collective, non seulement subsiste en droit du surendettement, mais en plus réapparaît en matière de successions avec la nouvelle procédure d'acceptation à concurrence de

¹ Article 792-1 du Code civil.

l'actif net. Au regard de cette considération, il apparaît souhaitable d'en diminuer les effets par une technique connue et naturellement transposable dans la mesure du possible.

C'est le cas du mécanisme consistant à affranchir les créances économiques postérieures de la discipline d'une procédure collective. Que ce soit pour la procédure de surendettement ou pour la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net, outre l'obligation de déclaration des créances sous peine de leur extinction, la discipline de la procédure implique l'interdiction des paiements, la suspension des poursuites et l'interdiction des sûretés nouvelles. Il apparaît naturel que les créances économiquement nées après l'ouverture de la procédure soient exemptes des contraintes et des sanctions de cette dernière. Non seulement cette application apparaît possible, mais en plus elle est d'après nous nécessaire. Elle est en effet consubstantielle de l'existence d'un certain crédit durant la procédure, crédit qui permet seul de bénéficier des livraisons de biens et prestations de services nécessaires au déroulement de la procédure, voire à son déroulement efficient.

Conclusion de chapitre, la détermination du passif exempté de la discipline d'une procédure collective :

1243. Bien que la personnalité morale de la masse ne soit plus, nous retrouvons quelque part la distinction des créanciers de la masse et dans la masse. Les créances juridiques nées avant l'ouverture de la procédure collective constituent les créances dans la masse. Elles sont astreintes à la discipline de la procédure, doivent être déclarées sous peine d'inopposabilité, ne peuvent être payées volontairement ou par une voie d'exécution, et ne peuvent donner lieu à la constitution de garanties nouvelles. Mais les créances économiques nées après l'ouverture de la procédure constituent quant à elles des créances de la procédure. Elles servent la procédure, permettent son fonctionnement. Or, pour être opératoire au plan économique, il faut des éléments concrets, des biens, des services, des prestations. L'abstrait n'a pas d'utilité économique. De simples promesses de biens ou de services ne suffisent pas pour alimenter une activité économique. Pour cette raison, l'utilisation de l'acceptation économique de la créance s'impose. Servant à l'alimentation du débiteur sous le coup d'une procédure, ces créances, non seulement méritent d'être privilégiées, mais doivent l'être, car sans cela, aucune prestation ni aucun bien ne seraient fournis, ce quelle que soit la date de naissance des créances de prix considérée. Nous ne passons plus à travers la personnalité morale de la masse pour conserver cette distinction, mais à travers la dualité des acceptations de la créance.

Les créances juridiques nées après l'ouverture de la procédure reçoivent également une naissance économique postérieure puisque la naissance économique présuppose la naissance juridique préalable, l'existence d'une créance. L'acceptation économique d'une créance ne peut en effet apparaître sans qu'il n'y ait préalablement ou simultanément une créance, une créance juridique. Mais l'acceptation économique de la créance sert surtout pour ventiler des créances juridiques antérieures dont l'acceptation économique n'apparaît qu'après l'ouverture de la procédure. Il s'agit nécessairement ici de contrats en cours dont la prestation caractéristique n'est pas achevée au jour de l'ouverture de la procédure collective. La créance juridique unique de prix se divise alors du point de vue de son régime, pour partie astreinte à la discipline de la procédure quant à sa portion correspondant à une prestation accomplie avant l'ouverture de la procédure, pour partie affranchie de

la discipline de la procédure et bénéficiant d'un privilège garantissant son paiement pour sa portion correspondant à une prestation accomplie après l'ouverture de la procédure.

Le mécanisme s'avère naturel, car il est consubstantiel de l'existence même de la procédure qui nécessite du crédit pour être orchestrée, voire pour l'être de façon efficiente. Pour cette raison, l'affranchissement de la discipline de la procédure par l'acception économique de la créance doit être étendu aux procédures pour lesquelles les textes ne prévoient rien, que ce soit la procédure de surendettement ou la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net. Le paiement prioritaire ou privilégié lors de la procédure de distribution est toutefois spécifique de la procédure commerciale quant à lui.

Conclusion de titre, domaine de la créance économique :

1244. Les dettes de la procédure recèlent une idée profonde très voisine des « dettes de conservation et de gestion » que nous avons rencontrées à l'occasion des patrimoines d'affectation. Dans tous les cas, l'entité qui a bénéficié de l'exécution d'une prestation de service ou de la livraison d'un bien doit en supporter la charge, c'est-à-dire le prix corrélatif.

Pour cette raison, le prix d'une prestation fournie à un patrimoine d'affectation fait naître l'acception économique de la créance de prix et identifie la mesure de ce qui doit peser sur ledit patrimoine, nonobstant la date de naissance de la dette juridique de prix, quand bien même elle aurait naquis avant la création du patrimoine d'affectation.

Pour cette raison encore, la procédure, affranchie en principe du poids du passif de manière générale, doit supporter l'acception économique des dettes de prix surgie durant le temps de la procédure, à défaut de quoi elle n'aurait aucun crédit pour recevoir les prestations et les fournitures nécessaires à son existence même.

Nous retrouvons donc la fonction de remise des charges en face des produits, l'entité qui a bénéficié du produit de l'exécution d'une prestation doit en supporter la charge quelle que soit la date de naissance de la dette juridique de prix, car les produits et les charges, pour leur appréciation, impliquent l'acception économique de la créance, s'incarnent en elle.

L'acception économique représente un mode de détermination parfaitement objectif. Cela fait de lui un critère naturel d'application. C'est également ce qui fait sa force et son efficacité.

Nous pouvons toutefois rencontrer une tendance à la subjectivisation, que ce soit dans le domaine des patrimoines d'affectation ou dans celui des procédures collectives.

En fiducie et en indivision, les dettes économiques nées à l'occasion de ce patrimoine d'affectation sont dénommées « dettes de conservation et de gestion », ce qui sous-entend que les dettes doivent être nées avec cette finalité pour pouvoir accéder au gage du patrimoine d'affectation. De même en procédure collective, nous avons longuement évoqué pour le critiquer le critère téléologique de finalité de la créance surajouté à celui de la date de naissance pour qu'elle puisse accéder au traitement privilégié des créanciers postérieurs.

Ce mouvement doit être contesté. Outre qu'il est inapproprié sur le plan de la politique juridique, il s'avère contre nature sur le plan théorique, car il contredit les fonctions de gage spécifique du patrimoine d'affectation et la fonction du régime privilégié des créanciers postérieurs à l'ouverture

d'une procédure. Ces fonctions impliquent en effet pour être efficaces un traitement purement objectif.

Dans tous les cas, les passifs, que ce soit du patrimoine d'affectation ou d'une procédure collective, doivent être esquissés par l'utilisation du seul critère objective de date de naissance de l'acceptation économique de la créance.

1245. C'est ainsi que nous achevons de cerner le **domaine** d'application de l'acceptation économique de la créance. Nous avons commencé à l'aborder avec sa fonction de remise des charges en face des produits. À cette occasion, nous avons remarqué quelques-unes de ses manifestations en droit positif. Pouvant constituer **un des fondements envisageables pour un recours récursoire**, l'acceptation économique de la créance servait également à la **mise en œuvre d'une cession de contrat** qui présuppose que celui-ci soit en cours au jour de son transfert. Vue sous l'angle microscopique, la problématique de la cession de contrat s'est retrouvée sous un angle macroscopique à travers des **modifications structurelles majeures du patrimoine de l'une des parties au contrat**. Cela nous a permis d'identifier plus précisément le domaine d'application de l'acceptation économique de la créance. Parmi ces modifications structurelles majeures du patrimoine, il s'est agi de la création, de la dissolution ou du transfert d'un **patrimoine d'affectation** constitutif d'une universalité de droit, mais il a pu s'agir aussi de l'ouverture d'une **procédure collective** aux effets particulièrement puissants sur le patrimoine du débiteur en difficulté puisque son passif se retrouve figé, il ne reçoit plus l'actif en réponse, la fonction cardinale du patrimoine de corrélation de l'actif et du passif se trouvant ainsi bloquée. Dans ces schémas, l'acceptation économique de la créance permet de ventiler temporellement l'unique créance juridique en une pluralité de régime ou dans une pluralité d'enveloppes constitutives d'un patrimoine d'affectation, les deux n'étant pas si éloignés dans la mesure où l'accès à un gage spécifique peut par exemple être vu comme un régime de faveur.

Dans les patrimoines d'affectation, l'acceptation économique de la créance sert à peaufiner les contours de l'actif et du passif. Dans les procédures collectives, elle sert à dessiner le passif de procédure, la procédure ne constituant pas un patrimoine d'affectation et l'identification du passif de procédure permettant uniquement d'octroyer un régime privilégié à certaines créances ou à certaines portions de créances dans le cas des créances juridiques antérieures du prix d'une exécution partiellement postérieure à l'ouverture de la procédure collective.

Conclusion de partie, les virtualités d'une approche économique de la date de naissance de la créance

1246. Nous étions partis d'une date de naissance atypique de la créance essentiellement en droit des entreprises en difficulté. Nous venons de refermer le cercle en achevant ces travaux par l'explication de ce phénomène. Une seconde acception de la créance se trouve utilisée en droit, ce de façon transversale et non pas uniquement en droit des entreprises en difficulté. Il suffisait de le faire émerger et de le conceptualiser pour restaurer la cohérence du droit en matière de date de naissance de la créance de prix issue d'un contrat synallagmatique à titre onéreux.

1247. La créance économique ou l'acceptation économique de la créance n'est pas une créance. Ce n'est pas une obligation au sens d'un lien juridique, un droit subjectif personnel, ni même un bien susceptible d'appropriation.

De créance, elle n'en a que le nom, car elle n'en a que l'idée générique, commune d'ailleurs en cela avec l'enrichissement sans cause, le sentiment d'un droit à une valeur en retour et reposant sur le paradigme de l'équité dans notre société prédominante en matière de commutativité des échanges.

Le concept n'en existe pas moins en droit. Mais son rôle, sa fonction dans le système de droit privé ne sont pas ceux du droit subjectif personnel. C'est dans les matières comptable et fiscale que nous retrouvons l'expression la plus systématisée du concept, car son originalité et sa divergence de la créance au sens ordinaire, en particulier quant à sa date de naissance, ne sont pas passées inaperçues en doctrine. Si elle apparaît davantage en droits comptable et fiscal, c'est sans doute parce que ces branches du droit sont en étroite liaison avec les réalités économiques et sont bien connues pour transcender les apparences juridiques. Pour cette raison, et parce que le concept n'est pas spécifique au droit comptable, au droit fiscal, ni même au droit des entreprises en difficulté, nous l'avons baptisé « créance économique ».

De façon générale, reprenant la définition de l'obligation en droit comptable, la créance économique naît de l'existence d'une valeur économique positive, créance économique, ou négative dette économique. Le déséquilibre économique naît à partir du moment où une sortie de valeur est prévisible, sans qu'elle soit compensée par une entrée. Cette définition comptable très abstraite explique que le critère de date de naissance de la créance économique englobe tout type de créance. En effet, d'après cette définition économique abstraite de l'obligation, toute créance au sens purement juridique est une valeur économique positive côté créancier, négative côté débiteur par l'exécution future qu'elle implique. Il y a donc en règle générale correspondance entre les dates de naissance des acceptations économique et juridique de la créance, excepté dans l'hypothèse d'un rapport synallagmatique. Lors d'un rapport synallagmatique, les créances juridiques naissent du contrat, mais leur naissance économique est retardée. Pour cette raison, nous avons ciblé la dualité des créances sur la créance de prix en argent d'une prestation, ce eu égard au caractère chiffré de la créance en droits comptable et fiscal, mais également à la fonction de la créance économique qui implique une divisibilité extrême de la créance juridique concernée par la dualité des acceptations de la créance.

Ainsi, de façon plus précise, dans un rapport synallagmatique, la créance de prix exprimée en argent reçoit en droit deux acceptations, une acceptation juridique et une acceptation économique. L'acceptation économique de la créance représente la production de valeur par le contrat. Cette valeur réside dans l'exécution de la prestation caractéristique prévue au contrat qui l'incarne, qui représente le contrat. N'étant pas une créance juridique, l'acceptation économique de la créance ne peut pas apparaître sans l'existence préalable d'une créance juridique de prix. Une fois la créance juridique de prix venue au monde, son acceptation économique ne naît qu'au fur et à mesure de la prestation caractéristique prévue au rapport synallagmatique.

Le concept ainsi cerné, il importait d'en préciser le domaine pour que soit restaurée la cohérence de la date de naissance de la créance de prix en argent résultant d'un contrat synallagmatique. Certains mécanismes du droit concernent la créance au sens strict et mettent en œuvre le critère de date de

naissance de la créance juridique. D'autres mécanismes concernent en réalité la créance au sens économique, l'acception économique de la créance, et mettent alors en œuvre le critère de date de naissance de la créance économique. C'est la raison pour laquelle, lorsqu'il était question d'une même créance, la créance de prix exprimée en argent issue d'un rapport synallagmatique, nous avons affaire à deux dates de naissance différentes selon les branches du droit certes, mais bien plutôt selon les mécanismes juridiques mis en œuvre, car les deux acceptions de la créance sont transversales, la créance juridique à tout le droit privé, la créance économique à une grande partie de celui-ci. Il n'y a plus opposition des dates de naissance de la créance, mais complémentarité de deux acceptions de la créance qui se manifestent par la divergence de leurs dates de naissance.

1248. Dans le système de droit privé, le rôle de l'acception économique de la créance est de nuancer, de corriger les effets de l'application du concept de créance juridique. En cela, l'acception économique de la créance complète dans notre système de droit privé l'application de la créance au sens strict, du droit subjectif personnel. Celui-ci se préoccupe essentiellement du désintéressement du créancier et de la substance de la créance constitutive d'un bien, en cela à l'aspect indivisible. L'acception économique de la créance permettra de prendre en compte d'autres considérations au second plan.

La fonction économique première que remplit l'acception de la créance économique en droit réside dans la mise en corrélation des produits et des charges, éventuellement dans leur remise en corrélation. À l'occasion de l'étude de cette fonction cardinale de la créance économique, nous avons déjà pu mettre en évidence deux domaines d'application.

L'acception économique de la créance, à travers sa fonction de remise en corrélation des charges et des produits, constitue l'un des fondements et l'un des outils permettant la mise en œuvre de recours récursifs. D'autres fondements et d'autres outils permettent l'existence de recours récursifs, la créance économique constitue l'un d'eux seulement.

L'acception économique de la créance constitue également l'un des outils de la cession de contrat en permettant le transfert partiel des obligations principales du contrat transmis, qu'il s'agisse de créances ou de dettes, par leur ventilation temporelle. La créance de prestation non encore exécutée se trouve de facto transmise au cessionnaire du contrat qui en bénéficiera nécessairement. La dette de prix se trouve corrélativement transmise à hauteur de sa naissance économique postérieure. Autrement dit, seule la portion de dette du prix de l'exécution de la prestation postérieure à la cession de contrat se trouve transmise. Ainsi, la partie qui bénéficie du produit, de la production de valeur générée par l'exécution de la prestation, doit en assumer la charge corrélatrice, le prix correspondant.

1249. Cette fonction de corrélation des charges et des produits de l'acception économique de la créance qui les incarne en droit permet également d'aborder un domaine plus vaste. La problématique de transfert d'un contrat en cours qu'elle permet de gérer s'y retrouve systématiquement en filigrane. En effet, l'utilisation de l'acception économique n'a essentiellement d'intérêt que lorsque sa date de naissance diverge de la créance au sens strict, de la créance juridique. Or, c'est essentiellement dans la cadre du transfert indirect de contrats en cours que cette date de naissance diverge, car alors la créance de prix née au jour du contrat n'est pas encore totalement née

économiquement au jour où intervient un changement de situation juridique puissant dans la vie de l'un des cocontractants. Par changement de situation juridique puissant, nous avons entendu des changements de l'ordre de la structure du patrimoine. Ce changement de structure peut intervenir au décès où il s'opère un transfert universel de patrimoine, mais il peut également intervenir en cours d'existence par la création, la dissolution ou le transfert d'un patrimoine d'affectation. Alors il convient de s'assurer que le patrimoine à l'origine d'un produit en assume la charge et qu'un patrimoine assumant une charge soit bien celui qui en a récolté le produit. Nuançant la créance juridique par sa ventilation temporelle, l'acceptation de la créance économique permet de s'assurer de la corrélation des charges et des produits sous l'égide de la bonne entité, du bon patrimoine, général ou affecté. Elle se met ainsi en œuvre dans la **communauté légale**, dans **l'indivision**, la **fiducie** ou **l'EIRL**. Bien que son utilisation soit parfois confrontée à la protection des créances juridiques en tant que bien lorsqu'elle conduit à priver une portion de créance juridique d'un gage ou d'un régime plus favorable, son application l'emporte toujours, car le sacrifice est à la mesure de la sécurité juridique du changement de l'opération ou du changement de situation juridique.

Enfin, par changement de structure patrimoniale, on peut aussi entendre l'ouverture d'une **procédure collective** tant les effets sont puissants puisqu'ils conduisent à bloquer les fonctions cardiales du patrimoine de la personne concernée, les biens étant indisponibles, le passif se retrouvant lui aussi figé. Alors la subsistance même de la procédure implique qu'il soit fait usage de l'acceptation économique de la créance pour affranchir les créances économiquement postérieures de la stricte discipline de la procédure. S'agissant d'un mécanisme naturel et vital pour la procédure collective, son application doit être étendue, même en l'absence de texte, à la procédure de surendettement des particuliers ainsi qu'à la procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1250. Visant le sommet d'une clarté retrouvée en matière de la date de naissance de la créance de prix, nous sommes partis du camp de base bâti sur de solides réflexions doctrinales en la matière ainsi que sur l'observation du droit positif.

Deux courants s'opposaient en la matière. D'une part, la thèse classique qui fixe la date de naissance de la créance de prix au jour de la formation du contrat. D'autre part, les thèses plus contemporaines, qui fixent cette date de naissance au stade de l'exécution du contrat. La thèse périodique fait renaître cycliquement les deux obligations principales du contrat synallagmatique à chaque début de période contractuelle dans les seuls contrats à exécution successive. La thèse matérialiste fait naître la créance de prix au fur et à mesure de l'exécution de sa contreprestation, la prestation caractéristique, ce qu'il s'agisse d'un contrat à exécution successive continue ou échelonnée, à durée déterminée ou indéterminée, ou qu'il s'agisse d'un contrat à exécution instantanée comme la vente où la créance de prix naît alors de la livraison du bien.

Examinant les dates envisagées à l'aune du droit positif, il importait de se détacher un temps des solutions rendues sur le terrain du droit des entreprises en difficulté. Cette matière ne fonde pas toutes les thèses contemporaines. Elle véhicule une naissance matérialiste de la créance et fonde ainsi uniquement la thèse matérialiste. Outre qu'elle est sans rapport avec la thèse périodique d'une naissance successive et non plus continue, il n'est pas évident que la détermination des créanciers bénéficiant du privilège de procédure repose au niveau théorique et fondamental sur la date de naissance d'une créance.

Il existe au contraire d'autres domaines où la cohérence et la structure même du droit privé imposent que les mécanismes correspondants reposent quant à eux sur la date de naissance de la créance, car ils sont consubstantiels du droit de créance lui-même. C'est sur ces derniers qu'il convenait de se placer en priorité pour examiner la validité des thèses en présence. Ainsi, la créance ne peut pas s'éteindre sans être préalablement née et la créance ne peut pas non plus être transférée sans être préalablement née. Toute solution contraire nie l'existence abstraite du concept de créance lui-même et réside dans une fiction qui doit être très strictement cantonnée et sérieusement justifiée. Recherchant la cohérence de la date de naissance de la créance, il n'était pas envisageable de la trouver sur des terrains niant l'existence même du concept considéré. Ces bases solides étant posées, il ne restait plus qu'à explorer.

1251. Cette exploration a permis de découvrir que les thèses contemporaines devaient être invalidées au regard du droit positif pour ce qui concerne les contrats à exécution instantanée et les contrats à durée déterminée. Dans ces deux cas, la créance de prix ne peut pas naître des dates proposées, que ce soit au fur et à mesure de l'exécution de la contreprestation ou à chaque début de période contractuelle, car elle peut être exigible, valablement payée ou efficacement transférée avant même les dates de naissance envisagées.

Le droit positif ne permet par contre pas significativement de trancher pour les contrats à durée indéterminée. La réflexion théorique nous a mené en la matière sur des chemins inattendus. La contingence de la substance de la créance apparaît inhérente au concept. Cette contingence naturelle de la créance ainsi que son rôle économique d'anticipation sur l'exécution future nous ont mené à considérer que la créance de prix devait naître pour le tout au jour de la formation du contrat, ce malgré la faculté de résiliation unilatérale des parties aménagée dans celui-ci. Ce n'est pas l'obligation qui est à naissance successive, c'est son objet qui est à formation progressive. L'obligation incorpore dès l'origine toute la potentialité qui peut résulter de la durée du contrat. De telles obligations existent avec certitude en droit de la responsabilité pour certaines créances de réparation et peuvent être transposées à la matière contractuelle. La déterminabilité par l'expression de la volonté n'est pas un obstacle à l'existence de l'obligation, car la fixation qu'elle engendre est bilatérale. Le débiteur qui l'exerce limite en même temps la créance dont il bénéficie et ne modifie donc pas l'ampleur de l'avantage économique qu'il peut tirer du contrat. L'équivalent initialement stipulé demeure respecté et assure un maintien de l'équilibre économique initialement décidé. Enfin, si la nécessité de permettre à la caution d'un contrat à durée indéterminée de se libérer par résiliation unilatérale des échéances postérieures du contrat semble aller dans le sens d'une naissance successive, la solution qu'il conviendrait d'admettre d'un cas de saisie ou de cession de la créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée irait d'après nous dans le sens d'une naissance unique au jour du contrat. Or, si les deux solutions doivent s'opposer, seule celle du transfert de propriété de la créance doit impérativement être fondée sur la date de naissance de la créance. En effet, l'utilisation de la technique de la fiction juridique n'est pas appropriée dans le cadre d'un mécanisme si général et aussi fondamental. Au contraire, la fiction se prête bien à une solution adoptée sur le terrain du cautionnement, car la faveur et la protection de la caution constituent une justification déjà éprouvée pour déroger aux règles de droit commun.

1252. La position qu'avait défendue Emmanuel Putman dans sa thèse ne peut donc qu'être revalidée. La créance de prix naît au jour de la formation du contrat. Souvent affirmé et répété, ce principe a cependant fini avec le temps par revêtir l'aspect d'un dogme servant de justificatif à des solutions contestables de droit positif ou favorisant des courants doctrinaux erronés tel celui qui nie l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle. Il convenait donc de redonner son véritable visage à la naissance de la créance de prix au jour du contrat, l'expression d'un principe général du droit inhérente à la nature normative du contrat et à l'expression naturelle et immédiate de ses effets au moment de son existence. N'étant pas un dogme, ce principe peut en réalité recevoir des exceptions qui doivent nécessairement revêtir la forme d'une condition suspensive, qui peut être implicite ou naturelle. Mais l'exécution de la prestation au contrat synallagmatique ne saurait correspondre à une condition suspensive, car les parties sont engagées dès la formation du contrat. Une telle analyse revient à confondre l'incertitude de la survenance d'un événement auquel l'efficacité de l'engagement est suspendue avec l'incertitude de l'exécution s'une obligation qui existe toujours quant à elle et qui est inhérente au concept même de créance. La certitude d'exécution d'une obligation n'est en réalité acquise qu'une fois la créance éteinte par son exécution. La certitude de l'exécution ne doit donc pas être confondue avec la certitude de l'obligation qui correspond quant à elle à son existence : il est certain que les parties sont engagées et qu'elles engagent dès à présent leur responsabilité contractuelle si elles ne s'exécutent pas.

Tous ces points étant éclaircis, il restait à examiner à nouveau les solutions du droit des entreprises en difficulté à l'aune de ces résultats. Les solutions résistent en effet au principe classique de naissance au jour du contrat. L'existence d'une créance de prestation s'y trouve occultée. L'acte juridique que constitue le contrat y est réduit à un fait juridique, l'exécution de la prestation, qui génère une créance de prix. Plus que la date de naissance de la créance, c'est le raisonnement suivi qui ne cadre pas avec la nature et la structure du contrat synallagmatique à titre onéreux. D'autres manifestations de ce raisonnement peuvent être décelées, ne serait-ce que dans la naissance des fruits civils « *réputés s'acquérir jour par jour* » conformément à l'article 586 du Code civil. Les droits comptable et fiscal en font également application. Et cette date de naissance atypique semble s'imposer aussi en droit des régimes matrimoniaux. Le phénomène n'est donc pas marginal, il est au demeurant transversal. Pour ces raisons, il ne peut s'expliquer par une fiction juridique et les véritables mécanismes qu'il recèle doivent être mis en évidence et incorporés de façon harmonieuse dans le système de droit privé.

1253. L'issue était prévisible. Une controverse qui perdure en réalité depuis le 19^{ème} siècle, sur laquelle d'éminents auteurs se sont penchés, et qui divise encore aujourd'hui la doctrine, ne pouvait en aucun cas trouver sa solution sur le chemin de l'opposition des solutions et d'un choix à opérer entre elles. Ce chemin fut en effet maintes fois emprunté sans succès. S'imposait alors l'exploration d'une nouvelle voie, celle de la conciliation des solutions adoptées par le droit positif, celle de la conciliation des deux dates de naissance en présence pour cette même créance de prix, une date classique au jour du contrat et une date atypique au jour de l'exécution de la contreprestation, une date de naissance matérialiste. C'est par l'éclairage des matières économique que sont les droits comptable et fiscal que le chemin pouvait apparaître. En effet, dans ces domaines, la date matérialiste de la naissance est adoptée tout en reconnaissant qu'il ne s'agit pas de la date de naissance du droit commun, qu'il ne s'agit pas de la créance au sens commun, au sens classique, mais d'un autre concept. La voie était donc toute tracée. Il suffisait de la découvrir. La dualité des dates de naissance de la créance de prix en droit positif devait recevoir pour réponse la dualité du concept de créance par la découverte d'une acception plus économique du concept, la découverte d'une **créance économique**.

1254. Permettant d'expliquer la dualité des dates de naissance de la créance de prix en droit positif, l'exploration de la créance économique devait passer par les matières où cette acception de la créance fait déjà l'objet d'un certain niveau d'analyse. En droit comptable, le Plan comptable général ayant valeur réglementaire fournit une autre définition de la créance. La jurisprudence rendue en matière fiscale pouvait aussi constituer une bonne source d'inspiration. Mais la matière de la réflexion pouvait également être recherchée dans les autres branches du droit, notamment dans les notions de revenus, de produits et de fruits civils, utilisés par des branches du droit plus traditionnelles et moins économiques. La conceptualisation de cette notion en réalité transversale pouvait donc s'effectuer.

1255. La créance économique se situe dans l'ombre de l'obligation monétaire. La double fonction de la monnaie, à la fois juridique, en tant qu'objet d'une obligation au sens strict, et économique en tant qu'outil d'évaluation permettant la commensurabilité de toute chose, double la créance de prix exprimée en monnaie d'une acception économique, la créance économique. Définie par le droit comptable comme une valeur économique positive ou négative ne devant pas recevoir pour l'avenir de bien ou de valeur en retour, l'acception économique de la créance naît à la même date que la créance au sens classique, lorsqu'aucune contreprestation ne préside à sa naissance. Dans ces hypothèses, elle passera alors inaperçue, inutile sur le plan pratique, malgré son existence sur le plan théorique. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un contrat synallagmatique que la naissance de la créance économique diverge dans sa date de survenance par rapport à la créance au sens strict, la créance juridique. La créance juridique surgit au jour du contrat, conformément aux principes applicables en la matière. Mais la naissance de la créance économique se trouve reportée au jour de l'exécution de la prestation caractéristique dont la présence empêche le déséquilibre économique d'apparaître et l'acception économique de la créance de naître. Alors la créance économique peut revêtir une définition et une essence plus précises pour cette hypothèse, problématique de départ, où elle prend toute son importance.

La créance économique représente la **date de production de la valeur** générée par l'exécution de la prestation caractéristique. Elle ne constitue pas un droit subjectif personnel autonome. Elle n'est qu'un outil d'information. Elle n'a de créance que l'idée, le sentiment que génère l'apparition du déséquilibre économique par l'exécution de la prestation et d'un droit renforcé à la prestation corrélative. Cette idée est commune avec l'institution de l'enrichissement sans cause, mais la créance économique ne doit pas pour autant être confondue avec cette dernière, avec une créance née d'une action de rem verso. La créance économique ne naît pas d'une source autonome d'obligation puisqu'elle n'est pas un droit subjectif personnel. La créance économique est en réalité incorporée la créance juridique de prix. Elle dépend dans sa survenance de l'exécution préalable de cette dernière et par conséquent de son existence. Sans créance juridique de prix, aucune créance économique ne peut apparaître. Par rapport à la créance juridique de prix, la créance économique constitue un **nouveau plan de perfection** venant s'ajouter à la construction d'Emmanuel Putman, **la perfection économique de la créance de prix**.

La créance économique de prix naît de la livraison matérielle dans la vente de bien mobilier, du transfert de propriété dans la vente d'immeuble, de l'exécution de la prestation caractéristique dans le contrat de prestation de service.

Sa **fonction** permet d'appréhender son domaine et de fournir les outils qui permettront de distinguer les règles de droit mettant en œuvre la date de naissance de la créance juridique de celles mettant en œuvre la date de naissance de la créance économique. Ce n'est qu'ainsi que la cohérence du système juridique pourra être restaurée. La conceptualisation aboutit à une grille de lecture qui permet de ventiler des règles de droit selon l'acception de la créance qu'elles mettent en œuvre, créance juridique ou créance économique. La fonction de la créance économique dans le système de droit privé réside dans la **préservation d'une corrélation entre les produits et les charges, le concept de créance économique incarnant les notions de produits et de charges à travers les différentes branches du droit privé**. Cette fonction repose sur l'adage de droit canon « *ubi emolumentum ibi onus* », la charge va là où se trouve le profit. Le droit commun en comporte diverses applications.

De façon primaire, cette fonction permet une **ventilation de la charge de la dette de prix** entre différentes personnes. C'est une **fonction correctrice de l'application ordinaire du droit de créance**. La créance juridique vise la satisfaction du créancier par son extinction. La créance économique permet quant à elle de veiller que la charge de cette dette soit répartie entre les personnes sur qui elle doit peser. Pour cette raison, la créance économique peut constituer un outil de détermination et d'application des recours récursoires subrogatoires fondés sur l'article 1251-3° du Code civil. Elle identifie les débiteurs intéressés à la dette et la proportion dans laquelle ils sont intéressés. Elle ne saurait en aucun cas constituer un recours autonome personnel et ne peut servir que dans la mise en œuvre d'un recours subrogatoire légale. Pour cette raison l'article 1251-3° du Code civil constitue un vecteur légal approprié qui reçoit déjà une application extensive en jurisprudence.

La créance économique vient pareillement ventiler la charge de prix dans la cession de contrat. Celle-ci ne s'explique pas par une naissance successive des obligations. Cette explication reposait en réalité sur le principe d'incessibilité des dettes. Mais celui-ci fait aujourd'hui figure d'anachronisme et doit être écarté. Analysée comme le transfert d'une position contractuelle incluant la cession des créances et dettes principales prévues au contrat synallagmatique, la cession de contrat nécessite la mise en œuvre de la date de naissance de la créance économique pour déterminer la juste répartition du prix entre les parties successives au contrat. La ventilation du prix s'opère ab initio au jour de la cession de contrat. La dette juridique de prix est transférée sur la tête du cessionnaire à hauteur de la créance qui n'était pas encore économiquement consolidée, économiquement née sur la tête du cédant, ce nonobstant les dates d'exigibilité prévues au contrat. Mais la créance économique peut également intervenir au stade de la contribution à la dette lorsque l'une des parties à la cession de contrat paie le prix de la prestation reçue par l'autre sans que cela ait été prévu à la convention. Alors le paiement engendre un recours subrogatoire à hauteur de la créance économiquement née sur la tête de l'autre protagoniste. La cession de contrat illustre de façon cardinale l'utilisation de la créance économique, car elle constitue un schème de son domaine d'application, un changement cardinal en cours d'exécution du contrat.

La fonction de la créance économique interviendra chaque fois que se produit un changement de structure patrimoniale chez l'une des parties à un contrat en cours. Davantage que les personnes elles-mêmes, ce sont des patrimoines qui sont reliés par les créances et les dettes. La créance économique permet ainsi de temporaliser la créance juridique par sa ventilation entre différents patrimoines, plus précisément entre différents patrimoines d'affectation. Elle permet également cette temporalisation par ventilation lorsque surviennent un décès, un mariage, une indivision. Elle intervient aussi lorsque survient un événement majeur qui vient figer le patrimoine de la personne et génère une césure entre l'avant et l'après, l'ouverture d'une procédure collective.

1256. La fonction de la créance économique se met en œuvre dans le cadre des **patrimoines d'affectation**, qu'il s'agisse des patrimoines d'affectation classiques inaperçus que sont la communauté légale et l'indivision ou qu'il s'agisse des patrimoines d'affectation modernes aperçus que sont la fiducie et l'EIRL. S'agissant de patrimoines d'affectation comportant un actif et un passif en corrélation, la créance économique permet d'aider à détermination tant de l'actif que du passif.

Côté passif, l'acception économique de la créance permet au fournisseur d'un bien ou d'un service de disposer d'un recours contre le patrimoine d'affectation ayant bénéficié de la prestation.

Cela peut apparaître à l'occasion de patrimoines classiques par la qualification de la portion de dette juridique correspondante en dette de communauté ou dette de l'indivision bénéficiant du régime de faveur adéquat. Une même créance peut en effet faire l'objet d'une ventilation en plusieurs régimes selon des critères variés, la créance économique constituant l'un d'eux. Ainsi le contrat de fourniture de services ou de biens en cours au jour du mariage pourra, malgré la naissance antérieure de sa créance de prix, bénéficier du régime des créances communes pour l'exécution effectuée postérieurement au mariage. De même pour le fournisseur d'une prestation liée à un immeuble transféré en indivision, le fournisseur en vertu d'un contrat antérieur à l'état d'indivision pourra bénéficier de l'article 815-17 du Code civil et poursuivre les biens indivis pour le prix des prestations accomplies sur l'immeuble indivis postérieurement à l'acquisition de cette qualité par ce dernier. La créance juridique antérieure reçoit donc la qualification de créance commune ou indivise à hauteur de sa naissance économique postérieure. Dans ces hypothèses, l'accès au régime favorable de dette commune ou indivise ne prive pas le créancier de sa créance juridique pour le tout, que ce soit contre l'indivisaire sur la tête duquel la créance juridique était née, ou que ce soit contre l'époux sur la tête duquel la créance juridique était née, ou plutôt sur la masse constitutive de ses biens propres.

Ce cas de figure peut également se rencontrer à l'occasion des patrimoines d'affectation plus modernes de la fiducie ou de l'EIRL. Des contrats en cours peuvent être transférés dans le patrimoine d'affectation lorsqu'ils sont liés aux biens transférés en fiducie ou lorsqu'ils sont rattachés à l'activité servant de fondement à la constitution d'une EIRL. Alors le schème de la cession conventionnelle de contrat s'applique. La dette juridique est transférée au patrimoine d'affectation à hauteur de sa portion non encore née économiquement. Mais le patrimoine initial reste garant de l'intégralité du prix. Cette garantie est d'ailleurs légalement prévue à l'article 2025 du Code civil pour la fiducie.

Ainsi, bien que sa créance juridique soit née avant la constitution d'un patrimoine d'affectation, le prix de toute exécution postérieure à cette constitution ayant bénéficié au patrimoine d'affectation pourra donner lieu à un recours sur le gage constitutif de ce dernier à hauteur de la créance économiquement née après sa création.

Côté actif, l'acception économique de la créance permettra de définir la substance du patrimoine d'affectation, car l'entité qui assume la charge d'un bien doit en percevoir les profits. Ainsi, lors du transfert d'un immeuble en fiducie ou en EIRL, le patrimoine d'affectation aura droit aux loyers économiquement nés après le transfert en vertu de contrats en cours. À cet égard, la créance économique pourra utilement jouer pour apprécier la nature exacte et appréhender au plan pratique les rapports entre les patrimoines de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

1257. Enfin, la fonction de la créance économique intervient également en matière **procédure collective**. Il est en effet naturel que les biens et services fournis durant la procédure pèsent sur cette

dernière. Il est même vital à l'existence de la procédure que le prix de ces biens et de ces services bénéficie d'un traitement privilégié assurant leur paiement. Sans cela, les tiers ne s'aventureraient pas à fournir quoi que ce soit à une entreprise sous le coup d'une procédure collective. La raison équitable et profonde relève de l'évidence consacrée par le nouvel article L. 622-17 du Code de commerce. Malgré l'insertion d'un critère téléologique d'application générale dans le projet de loi, le texte final reconnaît implicitement que « *la prestation fournie au débiteur pendant cette période* » l'est nécessairement « *pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation* ». Il n'en va pourtant pas nécessairement ainsi dans la réalité.

Sans doute le législateur a-t-il pressenti les effets néfastes potentiels de la subjectivité du critère téléologique, la paralysie de la procédure. Tout mouvement de subjectivisation est à proscrire en la matière. L'objectivité du seul critère de date de naissance de la créance économique doit être maintenue. Seule celle-ci permet de conserver efficacement le crédit d'une entreprise sous le coup d'une procédure collective. L'objectivité est consubstantielle du crédit. Or ce crédit est indispensable pour la période d'observation comme pour la période de liquidation, car il permet au liquidateur d'avoir recours aux biens et services nécessaires aux opérations de liquidation elles-mêmes, mais également aux biens et services susceptibles de valoriser l'actif pour une meilleure liquidation. Et cette nécessité de crédit ne se fait pas ressentir qu'à l'égard du fournisseur, elle existe aussi à l'égard du client, car sans lui l'entreprise n'a aucune chance de subsister et sans lui le liquidateur ne pourra pas écouler les stocks de produits finis. Quel client ira recourir aux services ou aux biens d'une entreprise en redressement judiciaire en sachant que celle-ci n'engage pas sa responsabilité contractuelle dans l'exécution de ses prestations puisque la dette de réparation qui serait inhérente à une mauvaise exécution durant cette période ne semble pas utile à la procédure ? Le critère téléologique constitue une fausse bonne idée. La cohérence du droit en la matière et l'équilibre de la procédure doivent être recherchés dans une réflexion sur la date de naissance de la créance applicable et sur les quelques créances particulières objectivement déterminées qui doivent recevoir un régime dérogatoire.

La créance économique doit s'appliquer naturellement dans toute procédure collective pour affranchir le créancier de la discipline de toute procédure à hauteur du prix des prestations fournies après le début de la procédure. Il y a lieu de distinguer entre l'affranchissement de la discipline de la procédure d'une part et le paiement prioritaire d'autre part. L'exemption de la discipline de la procédure est un mécanisme naturel, tandis que le paiement prioritaire par un rang favorable ou par l'existence d'un privilège nécessite un texte quant à lui. Pour ces raisons, la technique de l'exemption de la discipline d'une procédure collective par la naissance de la créance économique pourra être étendue aux autres procédures collectives que sont la procédure de surendettement et l'acceptation à concurrence de l'actif net.

C'est au bout d'un long parcours et par des détours sans doute inattendus que le sommet lumineux du retour à la cohérence de la date de naissance de la créance prix se trouve ainsi atteint. Le panorama obtenu de ce sommet sur le paysage juridique en transforme la vision puisqu'il y apparaît un concept juridique nouveau, la créance économique présente dans l'ombre de la créance de prix.

BIBLIOGRAPHIE

En raison de l'étendue du champ de cette recherche, cette bibliographie est nécessairement sélective.

Manuels et Traités

- ALLARD Denis et RIAIS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Puf, 2003.
- ARISTOTE, *L'éthique à Nicomaque*.
- AUBERT Jean-Luc et COLLART DUTILLEUL François, *Le contrat*, Dalloz coll. connaissance du droit, 2010.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 10, Successions, par Esmein, 6^e éd. 1953.
- AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. 4, Les obligations, par E. Bartin, 6^e éd., 1942.
- AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 7^e éd. 2013.
- AYNÈS Laurent et CROCQ Pierre, *Les Sûretés, La publicité foncière*, Defrénois 5^e éd. 2011.
- AYRAULT Ludovic, NÉGRIN Olivier, LAMARQUE Jean, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 2^e éd., 2011.
- BACACHE Mireille, *La responsabilité civile extracontractuelle*, traité Economica 2007.
- BART Jean, *Histoire du droit privé*, Montchrestien, 2^e éd., 2009.
- BARTHEZ Anne-Sophie et HOUTCIEFF Dimitri, *Les sûretés personnelles*, traité LGDJ, 2010.
- BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorie que et pratique de droit civil, Des biens*, 1896.
- BEITONE Alain, CAZORLA Antoine, DOLLO Christine, DRAI Anne-Mary, *Dictionnaire de science économique*, A. Colin, 3^e éd. 2010.
- BÉNABENT Alain, *Droit des contrats spéciaux civiles et commerciaux*, Montchrestien, 10^e éd. 2013.
- BÉNABENT Alain, *Droit des obligations*, Montchrestien, 13^e éd. 2012.
- BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc, CIMAMONTI Sylvie, *Les biens*, traité LGDJ, 2^e éd. 2010.
- BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2003.
- BERTHAUX Christian, *Des garanties du bailleur de locaux affectés au Commerce pour le paiement de ses loyers (en présence de la Loi du 17 mars 1909)*, th. 1914.
- BIALÈS Michel, LEURION Rémi, RIVAUD Jean-Louis, *Notions fondamentales d'économie*, Foucher, 5^e éd. 2007.
- BILLAU Marc, LOISEAU Grégoire, GHESTIN Jacques, *Le régime des créances et des dettes*, traité LGDJ, 2005.
- BILLIAU Marc, MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel, *Droit commun des sûretés réelles*, traité LGDJ, 1996.
- BILLIAU Marc, MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel, *Droit spécial des sûretés réelles*, traité LGDJ, 1996.
- BLATTER Jean-Pierre, *Droit des baux commerciaux*, traité, 5^e éd., Le Moniteur, 2012.
- BONNIER Édouard, *Ortolan, explication historique des Institutes de l'empereur justinien*, 2^e éd., Paris 1876, LIII des Institutes.
- BRUN Philippe, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 2^e éd., 2009.
- BUFNOIR Claude, *Propriété et contrat*, 1924, rééd. LGDJ 2005.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. 2, Puf, 2^e éd. 2010.

CABRILLAC Rémy, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 8^e éd. 2013.

CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine et PÉTEL Philippe, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd. 2010.

CAPITANT Henri, *De la cause des obligations*, Dalloz Paris, 1923.

CAPITANT Henrie, TERRÉ François, LEQUETTE Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz 12^e éd. 2006.

CARBONNIER Jean, *Droit civil*, t. 2, Les biens, Les obligations, PUF, rééd. 2004.

CLEMENT Jean-Paul, *La franchise commerciale et industrielle*, Entreprise moderne d'édition, 1981.

COHEN Albert, *Traité théorique et pratique des fonds de commerce*, Sirey, 2^e éd. 1948.

COLLART DUTILLEUL François & DELEBECQUE Philippe, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9^e éd. 2011.

COLOMER André, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Litec, 12^e éd., 2005.

CORNU Gérard, *Introduction au droit civil*, Montchrestien, 13^e éd. 2007.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Assoc. Henri Capitant, Puf, 2011.

CORNU Guy, *Les régimes matrimoniaux*, Puf, 9^e éd., 1997.

COZIAN Maurice et DEBOISSY Florence, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis 2013.

COZIAN Maurice et GAUDEL Pierre-Jean, *La comptabilité racontée aux juristes*, Litec, 2007.

COZIAN Maurice, VIANDIER Alain, DEBOISSY Florence, *Droit des sociétés*, Litec, 24^e éd. 2013.

CRONE Richard, FORGEARD Marie-Cécile et GELOT Bertrand, *Le nouveau droit des successions et des libéralités, loi du 23 juin 2006, commentaire et formules*, Defrénois 2007.

D'ANDIGNÉ-MORAND Anne, *Baux commerciaux, industriels et artisanaux*, Delmas 2012.

DAGOT Michel, *L'indivision*, Litec, 1978.

DAURIAC Isabelle, *Les régimes matrimoniaux et le PACS*, LGDJ 2012, 3^e éd.

DE LAUZAINGHEIN Christian, NAVARRO Jean-Louis, NECHELIS Dominique, *Droit comptable*, Précis Dalloz 3^e éd. 2004.

DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, t. 2, 1925.

DEMOLOMBE Charles, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 1876, t. 2.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, L. III, T. III, Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 1877.

DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon, t. X, 3^eme éd.*, 1866.

DIDIER Paul et DIDER Phillipe, *Les sociétés commerciales*, traité Economica, 2011.

DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, 1702.

DONNIER Marc et DONNIER Jean-Baptiste, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8^eme éd. 2009.

DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, éd. Boccard, 1928.

ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, éd. SA Berne, 1997.

ENSELME Gérard, *Introduction à la comptabilité*, DCG 9, 14^e éd., Litec, 2013.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations, t.1, Contrat et engagement unilatéral*, Puf 3^e éd. 2012.

FERRAND Frédérique, *Droit privé allemand*, Précis Dalloz, 1997.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Droit civil, les obligations, t. 1, l'acte juridique*, 15^e éd., Sirey 2012.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, *Droit civil, les obligations, t. 2, le fait juridique*, 14^e éd., Sirey 2011.

FORGEARD Marie-Cécile, CRÔNE Richard et GELOT Bertrand, *Le nouveau droit des successions et des libéralités, Loi du 23 juin 2006, Commentaire et formules*, Defrénois, 2007.

FRADIN Jean-Pierre & GEFFROY Jean-Baptiste, *Traité du droit fiscal de l'entreprise*, Puf 2003.

FRANÇOIS Jérôme, *Les obligations, Régime général*, traité, Economica, 2013.

FRANÇOIS Jérôme, *Les sûretés personnelles*, traité, Economica, 2004.

GAUDEMMENT Paul-Marie & MOLINIER Joël, *Finances publiques, t. 2, Fiscalité*, Montchrestien, 6^e éd., 1997.

GAUDEMET Eugène, *Théorie générale des obligations*, S. 1937, rééd. Dalloz 2004.

GAUDEMET Jean et CHEVREAU Emmanuel, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^e éd. 2009.

GENY François, *Science et technique en droit privé*, t.3, Sirey, 1921.

GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1919.

GHESTIN Jacques et DESCHE Bernard, *La vente*, traité, LGDJ, 1990.

GHESTIN Jacques, BILLIAU Marc et LOISEAU Grégoire, *Le régime des créances et des dettes*, traité, LGDJ, 2005.

GHESTIN Jacques, BILLIAU Marc, JAMIN Christophe, *Les obligations. Les effets du contrat*, traité LGDJ, 3^e éd. 2001.

GHESTIN Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ 2006.

GHESTIN Jacques, GOUBEUX Gilles, FABRE-MAGNAN Muriel, *Introduction générale*, traité de droit civil, LGDJ, 4^e éd., 1994.

GHESTIN Jacques, *Les obligations. La Formation du contrat*, traité LGDJ, 4^e éd. 1999.

GILLES William, *Les principes budgétaires et comptables publics*, LGDJ, 2009.

GINOSSAR Serges, *Droit réel, Propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, 1960.

GIRARD Paul-Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, 1906, Rééd. Dalloz 2003.

GRANDGUILLLOT Béatrice et Francis, *Introduction à la comptabilité*, DCG 9, Gualino, 2009.

GRIDEL Jean-Pierre, *Le droit, Présentation*, Puam, 2012.

GRIMALDI Michel (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2011.

GRIMALDI Michel, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^e éd., 2001.

GUINCHARD Serge, MOUSSA Tony, Collectif, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz Action, 2009.

GUYON Yves, *Droit des affaires, t. 1, Droit commercial général et sociétés*, Economica, 12^e éd. 2003.

HUET Jérôme, GRIMALDI Cyril, DECOCQ Georges, LÉCUYER Hervé, *Les principaux contrats spéciaux*, traité LGDJ 2012.

IHERING, *L'esprit du droit romain*, t. 4, 3^e éd., 1886.

JACQUEMONT André, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec 2013.

JEANTIN Michel & LE CANNU Paul, *Entreprises en difficulté*, Précis Dalloz, 7^e éd. 2006.

JÈZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif*, 3^e éd. 1925, rééd. Dalloz 2005.

JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1938.

JUBAULT Christian, *Les successions, Les libéralités*, Montchrestien, 2^e éd. 2010.

JULIEN Pierre et TAORMINA Gilles, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ 2^e éd. 2010.

KADNER GRAZIANO Thomas, *Le contrat en droit privé européen*, LGDJ, 2^e éd., 2010.

LABARTHE Françoise et NOBLOT Cyril, *Le contrat d'entreprise*, traité LGDJ, 2008.

LAMARQUE Jean, NÉGRIN Olivier, AYRAULT Ludovic, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 2^e éd. 2011.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne et PORCHY-SIMON Stéphanie, *Droit du dommage corporel*, Précis Dalloz, 7^e éd., 2011.

LAMY DROIT COMMERCIAL, *Fonds de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle*, 1990.

LAROMBIERE (M.-L.), *Théorie des obligations*, t. 1.

LAROMBIÈRE Léobon-Valéry-Léon-Jupile, *Traité et pratique des obligations*, 1885.

LARROUMET Christian, *Introduction à l'étude du droit*, traité, Economica, 6^e éd., 2013.

LARROUMET Christian, *Le contrat : 1^{ère} partie, Conditions de formation*, traité, Economica, 6^e éd. 2007.

LARROUMET Christian, *Le contrat : 2^e partie, Effets*, traité, Economica, 6^e éd. 2007.

LARROUMET Christian, *Les biens : Droits réels principaux*, traité, Economica, 5^e éd., 2010.

LASSÈGUE Pierre et BAETCHE Alexandre, *Lexique de comptabilité*, Dalloz, 5^e éd., 2002.

LAURENT, *Principes du droit civil*, 1878, t. 29.

LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 5^e éd., 2013.

LE CORRE Pierre-Michel, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz action, 2013.

LE TOURNEAU Philippe, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz référence, 2010.

LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2006.

LEBORGNE Anne, *Droit de l'exécution, voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, 2009.

LEBORGNE Anne, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd. 2009.

LEFEBVRE Francis, GOUTHIERE Bruno, PRICEWATERHOUSECOOPERS, LOPATER Claude et BLANDIN Anne-Lyse, *La fiducie, Mode d'emploi*, Dossier pratique Francis Lefebvre, 2^e éd., 2009.

LEFEBVRE Francis, *Mémento Pratique Francis Lefebvre Fiscal 2013*.

LEFEBVRE Francis, *Mémento Pratique Francis Lefebvre Social 2013*.

LEFEBVRE Francis, *Réformes fiscal 2013*.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Le droit canonique et la formation des grands principes du droit privé français*, Baden-Baden, 1996

LEGEAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, Sirey, 20^e éd., 2012.

LELOUP Jean-Marie, *Agents commerciaux : Statuts juridiques, stratégies professionnelles*, Delmas, 2005.

LEVY Jean-Philippe & CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 2^e éd. 2010.

LEWIN Kurt, *Une théorie du champ dans les sciences de l'homme*, Paris, Librairie Philosophique Vrin, 1968, rééd. 2002.

LIENHARD Alain, *Procédures collectives*, Delmas 2013.

LLUELLES Didier et MOORE Benoît, *Droit des obligations*, Les éditions Thémis, 2006

LOUSSOUARN Yves, BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10^e éd. 2013.

LYON-CAEN Charles et RENAULT Louis, *Traité des faillites, banqueroutes et des liquidations judiciaires*, *Traité de droit commercial*, LGDJ, 5^e éd., 1934

MACKAAY Ejan et ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Méthode du droit, 2008.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 3^{ème} éd. 2010.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, *Les successions, Les libéralités*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2012.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, Defrénois, 5^e éd. 2011.

MALINVAUD Philippe et FENOUILLET Dominique, *Droits des obligations*, Litec, 12^{ème} éd. 2012.

MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd. 1849.

MARTINEZ Jean-Claude et DI MALTA Pierre, *Droit budgétaire*, Litec, 3^e éd. 1999.

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 2^e éd., 1980.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre & JESTAZ Philippe, *Droit civil, t. 2, Les obligations*, Sirey, 1989.

MAZEAUD Antoine, *Droit du travail*, Montchrestien, 8^e éd., 2012.

MAZEAUD Henri, Jean et Léon, et CHABAS François, *Leçons de droit civil, Sûretés, Publicité foncière*, par Yves Picod, traité, Montchrestien, 7^e éd., 1999.

MAZEAUD Henri, Jean et Léon, et CHABAS François, *Obligations, théorie générale*, traité, Montchrestien, 1998.

MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel et BILLIAU Marc, *Droit commun des sûretés réelles*, traité LGDJ, 1998.

MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel et BILLIAU Marc, *Droit spécial des sûretés réelles*, traité LGDJ, 1998.

MONTIER Fernand et FAUCON Georges-Henri, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce, Commentaire théorique et pratique de la Loi du 17 mars 1909*, Paris, 1912.

OUDENOT Philippe, *Fiscalité approfondie des sociétés*, Litec, 2^e éd., 2001.

PASSA Jérôme, *Droit de la propriété industrielle*, traité, LGDJ, 2009.

PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, JEAMMAUD Antoine, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24^e éd. 2008.

PERELMAN Charles, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, rééd. 1999.

PÉROCHON Françoise, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9^e éd. 2012.

PERROT Roger et THERY Philippe, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2^e éd., 2005.

PHILIPPS André, RAULET Christian et SABATIER Pierre, *Comptabilité générale*, Dunod, 1983.

PICHONNAZ Pascal, *Les fondements romains du droit privé*, LGDJ, 2008.

PLANIOL et RIPERT, t. 3, *Des biens*, 2^e éd., LGDJ, 1952.

PLANIOL et RIPERT, t. 7, *Obligations*, LGDJ, 1934.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil*, par J. Hamel, 2^e éd., t. 10, LGDJ, 1956.

POTHIER Robert-Joseph, *Traité des obligations*, 1821, rééd. Dalloz-Sirey 2011.

POTHIER Robert-Joseph, *Traité du contrat de louage*, 1771.

POUGHON Jean-Michel, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987.

REINHARD Yves et THOMASSET-PIERRE Sylvie, *Droit commercial*, Litec, 7^e éd., 2008.

RENAUT Marie-Hélène, *Histoire de droit des obligations*, Elipses, 2008.

REZECK Stéphane, *Achat et vente de fonds de commerce*, Litec 4^e éd., 2009.

RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial, t. 1 vol. 2, Les sociétés commerciales*, LGDJ, 2002.

RIPERT et ROBLOT, *Traité de droit commercial, t. 2*, 12^e éd. LGDJ, 1990.

ROBAYE René, *Le droit romain*, t. 2, Bruylant, 2002.

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 2011.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd. 1999.

ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Introduction au droit*, traité, Litec, 2003.

ROUBIER Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1951, rééd. 2005.

ROUBIER Paul, *Le droit transitoire*, Dalloz 1960, rééd. 2008.

ROUQUET Yves (dir.), *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz action 2010.

SALEILLES Raymond, *De la personnalité juridique*, LGDJ, 1910, rééd. 2003.

SAVATIER René, *La communauté conjugale nouvelle en droit français*, Dalloz, 1970.

SCHMIDT Philippe et THIERRY Laure, *Les Marchés à procédure adaptée*, Berger-Levrault, 3^e éd. 2011.

SCHULTZ Patrick, *Éléments des marchés publics*, LGDJ, 2^e éd., 2002.

SIMLER Philippe & DELEBECQUE Philippe, *Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz 5^e éd., 2009.

SIMLER Philippe, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, traité Litec, 14^e éd., 2008.

STARCK Boris, ROLAND Henri et BOYER Laurent, *Les obligations, Le contrat*, Litec, 6^e éd., 1998.

TERRÉ François (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.

TERRÉ François et SIMLER Philippe, *Les biens*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2013.

TERRÉ François et SIMLER Philippe, *Les régimes matrimoniaux*, Précis Dalloz, 6^e éd. 2011.

TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e éd., 2010.

TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Les obligations*, Précis Dalloz, 11^e éd., 2013.

THALLER, *Droit commercial élémentaire*, traité, Rousseau, 1936.

VALDRINI Patrick, DURAND Jean-Paul, ECHAPPÉ Olivier, VERNAY Jacques, *Droit canonique*, Précis Dalloz, 2^e éd., 1999.

VALLANSAN Jocelyne, CAGNOLI Pierre, FINLANGER Laurence, *Difficultés des entreprises, Commentaire article par article du Livre IV du Code de commerce*, LexisNexis, 6^e éd., 2012.

VALLANSAN Jocelyne, *Redressement et liquidation judiciaires*, LexisNexis, 3^e éd., 2003.

VAN GYSEL Alain-Charles, *Précis du droit des successions et des libéralités*, Bruylant, 2008.

VIANDIER Alain et DE LAUZAINGHEIN Christian, *Droit comptable*, 2^e éd., Précis Dalloz, 1998.

VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, *Procédure civile*, Précis Dalloz, 2003.

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Les conditions de la responsabilité*, traité, LGDJ, 4^e éd. 2013.

VINEY Geneviève et JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, traité, LGDJ, 3^e éd. 2011.

VOINOT Denis et FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2007.

WÉRY, Patrick, *Droit des obligations, vol. 1, théorie générale du contrat*, Larcier, 2^e éd., 2011.

Thèses

ANCEL Marie-Élodie, *La prestation caractéristique*, th., Economica, 2002.

ASUNCION PLANE (DE LA) Karine, *La réfaction du contrat*, th. LGDJ, 2006.

AUBERT Edmond, *Des fruits civils*, th., LGDJ, 1907.

AUDEBRAND Grégory, *De l'incessibilité du contrat*, th., 2002.

AYNÈS Laurent, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th., Economica, 1984.

AZÉMA Jacques, *Les contrats successifs*, th. 1969.

BARRIERE François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, th., 2004.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, *Le décès du cocontractant*, th. Économica, 1988.

BERLIOZ Pierre, *La notion de bien*, th. LGDJ, 2007.

BERNARD Edouard, *De la condition en général et particulièrement de la condition suspensive et résolutoire*, th., 1878.

BERTHAUX Christian, *Des garanties du bailleur de locaux affectés au Commerce pour le paiement de ses loyers en présence de la Loi du 17 mars 1909*, th., 1914.

BILLIAU Marc, *La délégation de créance, essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, th., LGDJ, 1989.

BLÉRY Corinne, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, th., LGDJ, 2000.

BLOUD-REY Céline, *Le terme dans le contrat*, th., PUAM, 2003.

BOUTITIE Laurence, *L'opposition en droit privé*, th., 2004.

BRUN Edmond-Jean, *Des impenses de l'usufruitier*, th., 1921.

CARRIE Henri, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th., 1926.

CATALA Nicole, *La nature juridique du paiement*, th., 1960.

CHAMOULAUD-TRAPIERS Annie, *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, th., PULIM, 1999.

COUTANT-LAPALUS Christelle, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, th., PUAM, 2002.

DE BECHILLON Marielle, *La notion de principe général en droit privé*, th., 1998.

DELMAS Hyacinthe, *De la condition en général ; spécialement de la condition suspensive et de ses effets ; comparaison avec le terme*, th., 1867.

DELRIEU Sabrina, *Indivision et procédure collective*, th., Defrénois, 2010.

DESHAYES Olivier, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant-cause à titre particulier*, th. LGDJ 2005.

DOUCHY-OUDOT Méлина, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, th., 1997.

DURAND Jean-Max, *La dette de valeur en droit français*, th., 1972.

DURAND-PASQUIER Gwénaëlle, *Le maître de l'ouvrage, contribution à l'harmonisation du régime du contrat d'entreprise*, th., 2005.

DURNERIN Philippe, *La notion de passif successoral*, LGDJ, th., 1992.

FAURE ABBAD Marianne, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle*, th., LGDJ, 2003.

FAYARD Marie-Claude, *Les impenses*, th., LGDJ, 1969.

FILDERMAN R., *De la rétroactivité de la Condition dans les Conventions*, th., 1935.

GARRON Frédéric, *La caducité du contrat*, th., 1999.

GENICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, th., LGDJ, 2007.

GINOSSAR Shalev, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, th., LGDJ, 1960.

GOLHEN Catherine, *Les contrats dits à exécution successive, Réflexion sur la date de naissance des obligations*, th., 2006.

GORÉ François, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français, Essai d'une construction technique*, th., 1949.

GOUËZEL Antoine, *La subsidiarité en droit privé*, th., Economica, 2013.

GRIMALDI Cyril, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th., Defrénois, 2007.

GRIMONPREZ Benoît, *De l'exigibilité en droit des contrats*, th., LGDJ, 2006.

GROSSER Paul, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, th., 2000.

GUINCHARD Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, th., 1976.

HARDOUIN Jean-Baptiste, *Des garanties accordées au bailleur d'immeuble en droit romain. Du privilège du bailleur en droit français*, th., 1890.

JAMIN, Christophe, *La notion d'action directe*, th., LGDJ 1991.

JEULAND Emmanuel, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, th., LGDJ, 1999.

KUHN Céline, *Le patrimoine fiduciaire, contribution à l'étude de l'universalité*, th., 2003.

LAITHIER Yves-Marie, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th., LGDJ, 2004.

LAVEFVE LABORDERIE Anne-Sophie, *La pérennité contractuelle*, th., LGDJ, 2005.

LECUYER Hervé, *La théorie générale des obligations dans le droit patrimonial de la famille*, th., 1993.

LEROYER Anne-Marie, *Les fictions juridiques*, th., 1995.

LIBCHABER Rémy, *Recherche sur la notion de monnaie en droit privé*, th., LGDJ, 1992.

LUCAS-PUGET Anne-Sophie, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th., LGDJ, 2005.

MALECKI Catherine, *L'exception d'inexécution*, th., LGDJ, 1999.

MAURY Jacques, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th., 1920.

MAZEAUD Vincent, *L'obligation de couverture*, th., 2006.

MERLE Roger, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, th., 1948.

MOULY Christian, *Les causes d'extinction du cautionnement*, th., 1979.

NEVOT Michel, *La notion d'opération de partage*, th., 1979.

OURY-BRULE Manuela, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, article 1216 du Code civil*, th., LGDJ, 2002.

PIERRE-FRANÇOIS Georges, *La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie*, th., LGDJ, 1975.

PIGNARRE Louis-Frédéric, *Les obligations en nature et de somme d'argent en droit privé*, th., LGDJ, 2010.

PRADEL Xavier, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, th., LGDJ, 2004.

PUTMAN Emmanuel, *La formation des créances*, th., 1987.

RIGALLE-DUMETZ Corinne, *La résolution partielle du contrat*, th., Dalloz, 2003.

ROBINNE Sébastien, *Contribution à l'étude de la notion de Revenus en droit privé*, th., PUP, 2003.

ROUXEL Sylvie, *Recherche sur la distinction du dommage et du préjudice*, th., 1994.

SABATIER Colette, *La connexité dans le droit des obligations*, th., 1977.

SAVATIER René, *La communauté conjugale nouvelle*, th., 1970.

SENECHAL Marc, *L'effet réel de la procédure collective, Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, th., Litec, 2002.

VERDIER Jean-Maurice, *Les droits éventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits*, th., 1955.

WICKER Guillaume, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th., LGDJ 1996.

Articles et Publications assimilées :

ANCEL Pascal, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

ANCEL Pascal, BRUN Philippe, FORRAY Vincent, GOUT Olivier, PIGNARRE Geneviève et PIMONT Sébastien, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », *JCP G* 2008 I 213.

ATIAS Christian, « Qu'est-ce qu'un contrat ? » in *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008.

AYNES Laurent, « Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives », in *La fiducie dans tous ses états*, Journée nationale Capitant, *D.* 2011, p. 63.

BARON Frédéric, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.* 2001, 1.

BARRIÈRE François, « La loi instituant la fiducie, entre équilibre et incohérence », *JCP E* 2007 p. 2053.

BASTIAN Daniel, « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation », *J. soc.* 1937, p. 81.

BEHAR-TOUCHAIS Martine (dir.), « Existe-t-il un droit d'opposition, prérogative conservatoire des droits de créance ou des droits intellectuels ? », colloque du CEDAG, *LPA*, 4 avr. 2007 n°68.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « Extinction du contrat, Effets », *Juris-Classeur Contrats et Distribution*, Fasc. 176.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « Extinction du contrat, Les causes », *Juris-Classeur Contrats et Distribution*, Fasc. 175.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 41.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, Rapport de synthèse, colloque du CEDAG du 30 mars 2006, « Existe-t-il un droit d'opposition, prérogative conservatoire des droits de créance ou des droits intellectuels ? », *LPA* 2007, n°68, p. 45.

BELLIVIER Florence et Ruth SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *mél. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 91.

BENABENT Alain, « Le désintéret des intérêts », *mél. J. Ghestin*, LGDJ 2000, p. 113.

BERCHON Pierre, « Régime de la réparation, Action en réparation, Action en révision, Révision des dommages-intérêts », *JCl Code civil*, art. 1382 à 1386, Fasc. 225-20, mars 2000

BILLIAU Marc, « La cession conventionnelle de contrat est soumise au régime de la délégation de l'article 1275 du Code civil », *D.* 2002, p. 1555.

BLANLUET Gauthier et LE GALL Jean-Pierre, « La fiducie, une œuvre inachevée », *JCP N* 2007 n°36 p. 27.

BONNASSE Antoine, « Fusions-scissions, Réalisation des fusions et scissions », *JCL sociétés*, Fasc 162-10, 2011.

BOUILLOUX Alain, « La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation », *Rev. Stés*, 1994, 393.

BOUTRY Christian, « L'absence de personnalité morale dans les sociétés », *JCP E* 2001 p. 310.

BREMOND Guilhem et SCHOLASTIQUE Estelle, « Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire », *JCP E* 2006, p. 1405.

BRIÈRE DE L'ISLE Georges, « Les contrats successifs », *D.* 1957, ch., p. 153.

BROUSSEAU Éric, « L'économiste, le juriste et le contrat », in *mél. Ghestin*, LGDJ 2001, p.156.

BROUSSEAU Éric, « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *LPA* 19 mai 2005, p. 43.

BRUN Philippe, « Le droit de revenir sur son engagement », in Colloque fac. Chambéry, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, *Droit et Pat.* mai 1998, n°60, p. 78.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, « Condition », *Rép. Dalloz civil*, oct. 2008.

CHAMPAUD Claude, « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *RTD com.* 1979, p. 579.

COHET-CORDEY Frédérique, « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD civ.* 1996, p. 819.

CONTE Philippe, « Responsabilité du fait personnel », *Rép. civil Dalloz* mai 2002.

CORRIGNAN-CARSIN Danielle, « Contrat de travail à durée déterminée », *Rép. Dalloz droit du travail*, sept. 2012.

COZIAN Maurice, « La méthode de la comptabilité d'engagement (ou la théorie des créances acquises) », *BF* avr. 1995, p. 219.

COZIAN Maurice, « La méthode de la comptabilité d'engagement ou la théorie des créances acquises », in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^e éd., 1999, doc. n°10.

COZIAN Maurice, « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », in *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 3.

CROQ Pierre, « L'avenir de la cession Dailly ayant pour objet une créance née d'un contrat à exécution successive », *RTD civ.* 2003 p. 331.

CROQ Pierre, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire, in La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant », *D.* 2011.

DAMMANN Reinhard et PODEUR Gilles, « Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives, évolution ou révolution ? », *D.* 2007, 1359.

DE BECHILLON Denys, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA* 1992, p. 15.

DEMOGUE René, « Des droits éventuels, hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, 723 et 1906, 2, regroupés en une monographie disponible sur *Gallica*.

DEROUSIN David, « La notion de contrat in Le contrat, approches historiques et théoriques », *Table ronde du Centre lyonnais d'histoire du droit*, 2001, éd. 2004.

DERRUPPÉ Jean, « Fonds de commerce », *Rép. Dalloz droit commercial*, 2013.

DONDERO Bruno, « L'EIRL, ou l'entrepreneur fractionné, à propos de la loi du 15 juin 2010 », *JCP G* 2010 p. 1274.

DOUAOUI-CHAMSEDDINE Malika, « L'adaptation du droit du surendettement à l'EIRL », *JCP E* 2011, 1116.

DROSS William, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, p.701.

DUBUISSON Étienne et GERMAIN Michel, « L'affectation d'un patrimoine, transmission », in *EIRL*, dir. François Terré, Litec, 2011, p. 41.

DUMONT F., « Obligations », in *mél Ph. Maylan*, Lausanne, 1963, vol. 1.

DUMONT-LEFRAND Marie-Pierre, « Baux commerciaux », *Rép. Dalloz commercial*, oct. 2013.

DUPLAN-MIELLET S. et SAINTURAT M.-L., « Cession du droit au bail », in *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz Action 2006.

ENDREO Gilles, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, 223.

FLUET Claude, « La rupture efficace du contrat », in *Droit et économie des contrats*, dir. Christophe Jamin, LGDJ, 2008, p.155.

FORIERS Paul, « Présomptions et fictions », in *Chaim Perelman et autres, Les fictions présomptions et les fictions en droit*, 1974, p. 7.

GAHDOUN Pierre-Yves, « Les apports de la théorie réaliste de l'interprétation à la notion de contrat », *D.* 2005, p.1517.

GAMBIER Clause, « À quel moment naît le bénéfice imposable des entreprises qui vendent des produits à livrer ? », *RJF* 1976 n°6.

GAVALDA Christian, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », in *mél. Hamel*, p. 253.

GERMAIN Michel, « L'opposition en droit des sociétés », in colloque CEDAG, *LPA*, 4 avr. 2007.

GERMAIN Michel, « Naissance et mort des sociétés commerciales », in *mél. Roblot*, LGDJ, 1984 p. 234.

GHESTIN Jacques, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, 293.

GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *D.* 1990, 147.

GRIMALDI Michel, « La fiducie, Réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Def.* 1991, n°17, p. 897.

GRIMALDI Michel, « La propriété fiduciaire », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant*, Dalloz, 2011.

GRUA François, « Monnaie, Évaluation des obligations monétaires, Aléa monétaire, Nominalisme », *JCL civil*, Fasc. 20, 2012.

GUYON Y., Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives, in *mél. Ghestin*, p. 405

HANNOUN Charley et GUENZOU Youssef, « Terme », *Rép. Dalloz civil*, 2011.

HANNOUN Charley, « Liquidation et partage », *Rép. Dalloz sociétés*, 2007.

HINFRAY Antoine, « La fiducie et le bail commercial en droit français », *AJDI* 2012, p. 85.

HONORAT Jean, « L'article 1844-8 du Code civil et la fin de la personnalité morale des sociétés », *Def.* 1981, p. 1345.

HONORAT Jean, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, p. 653.

HOUTCIEFF Dimitri, « EIRL », *Rép. Dalloz*, 2012.

HOUTCIEFF Dimitri, « Le contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. François Terré, Dalloz 2008.

HOUTCIEFF Dimitri, « Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution, contribution à l'étude de l'intuitu personae », *RTD civ.* 2003 p. 3.

HOVASSE Henri et MORTIER Renaud, « La faille du droit d'opposition à réduction de capital », *Bull. Joly Sociétés*, 1er mars 2011, n°3, p. 278.

JAMIN Christophe, « Que répondre à Éric Brousseau ? (Je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *LPA* 19 mai 2005 n°99 p. 54.

JARROSSON Charles, « Le législateur peut-il avoir tort », in *mél. Oppetit*, 2009, p. 349.

JAZOTTES Gérard, « Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ? » *Rev. Lamy affaires*, mars 2005, n°80, p. 132.

JAZOTTES Gérard, « Les créanciers de l'article 40 », *LPA* 2000 n°178 p. 36.

JOURDAIN Patrice, « Date et procédé d'évaluation du dommage, l'actualisation des pertes de recettes et l'utilisation des indexations judiciaires », *RTD civ.* 1994.

JOURDAIN Patrice, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », in colloque sur la date de naissance de la créance, *LPA* 2004, n°224, p. 49.

JOURDAIN Patrice, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI*, 1995.

JOURDAIN Patrice, « La réparation intégrale du dommage peut passer le cas échéant par l'enrichissement de la victime », *RTD civ.* 1994.

JOURDAIN Patrice, « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, Études de droit comparé, Rapport français, LGDJ 2001, p. 263.

KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. droit*, 1940, p. 33.

KENFACK Hugues, « Location-gérance de fonds de commerce », *Rép. Dalloz droit commercial*, 2006.

KUHN Céline, « Une fiducie française », *Droit et patrimoine*, 2007, n°158, p.32.

LALOU Henri, « Jugements déclaratifs ou attributifs ? » *D.* 1936, chr. 69.

LAPOYADE DESCHAMPS Christian, « Dommages et intérêts », *Rép. Dalloz civil*, juin 1997.

LARROUMET Christian, « La descente aux enfers de la cession de contrat », *D.* 2002, 1555.

LARROUMET Christian, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie », *D.* 2007, 1350.

LASCOMBE Michel, « Le juge des comptes, juge administratif ? », in *mél. Waline, Gouverner, administrer, juger*, p. 639.

LAURENCE-CAROLINE Henry, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, avr. 2008, p. 20.

LE CANNU Paul, « La saisie-attribution », in *La réforme des procédures civiles d'exécution, Loi du 9 juillet 1991*, Colloque CRFPA du 19 juin 1992, p. 19.

LE CORRE Pierre-Michel, « Continuation des contrats en cours, date de naissance des créances et mandat », *D.* 2009, 2172.

LE CORRE Pierre-Michel, « La réforme du droit des entreprises en difficulté, commentaire de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009 », *D.* 2009, 663.

LE CORRE Pierre-Michel, « La taxe foncière, une créance postérieure méritante ? », *GP* 15-16 oct. 2010, n°288 à 289, p. 12.

LE CORRE Pierre-Michel, « Les nouvelles règles de fixation du passif », *GP* 10 sept. 2005, p. 17.

LE CORRE-BROLY Emmanuelle, « La résiliation de plein droit des contrats du fait de la liquidation judiciaire non assortie d'une période de poursuite provisoire d'activité », *JCP E* 2002, n°40, p. 1565.

LEBEL Christine, « Les effets de la déclaration d'insaisissabilité », *JCP E* 9 déc. 2010.

LEBLOND Nicolas, « Réflexions sur la personnification de l'indivision », *Rev. Lamy droit civ.*, 1^{er} mai 2011, p. 82.

LEGEAIS Dominique, « La date de naissance de la créance de recours de la caution solvens », *LPA*, 9 nov. 2004, n°224, p. 57.

LELOUP Jean-Marie, « Agent commercial », *Rép. Dalloz commercial*, janv. 2012.

LEQUETTE Yves, « Le privilège de séparation des patrimoines à l'épreuve de l'art. 815-17 du Code civil », in *mél. Alex Weil*, Litec 1983, p. 371.

LEROY Michel, « Le passif fiduciaire », *Droit et Patrimoine*, n°171, juin 2008, p. 59.

LEROYER Anne-Marie et PILLEBOUT Jean-François, « EIRL et droit des régimes matrimoniaux et des successions, in EIRL », in *EIRL*, dir. François Terré, LexisNexis, Droit 360°, p. 118.

LEVENEUR Laurent, « Aliments, Obligation alimentaire, mise en œuvre », *JCL civ. fac.* 30.

LIBCHABER Rémy, « Biens », *Rép. Dalloz civil*, sept. 2011.

LIBCHABER Rémy, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Def.*, 2007, p. 1094.

LISANTI Cécile, « Retour sur l'opposabilité de la déclaration d'insaisissabilité au liquidateur judiciaire : de la protection du patrimoine du débiteur au "privilège" des créanciers antérieurs à la déclaration », *Rev. proc. coll.*, n°3, mai 2012, comm. 11.

LOISEAU Grégoire, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP G* 2006 I 171 p.1789.

MALECKI Catherine, « La loi pour l'initiative économique et l'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *D.* 2003, 30.

MALECKI Catherine, « Le bordereau Dailly à l'épreuve du droit des procédures collectives », *mél. Y. Guyon*, *D.* 2003, 767.

MALINVAUD Philippe, « Confirmation, les dommages évolutifs sont réparables », *RDI*, 2002.

MALLET-BRICOUT Blandine, « L'affectation du patrimoine : fonctionnement et cessation », in *EIRL*, dir. François Terré, LexisNexis, Droit 360°, 2011.

MARTIN Didier, « L'affectation d'un patrimoine : constitution du patrimoine », in *EIRL*, dir. François Terré, LexisNexis, Droit 360°, 2011.

MARTIN Didier, « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, 49.

MARTIN-SERF Arlette, « Les revendications et les restitutions : questions procédurales », in *Actes du colloque du CRAJEFE du 25 avr. 1998*, Editions CEF.

MATHIEU-IZORCHE Marie-Laure et BENILSI Stéphane, « Paiement », *Rép. Dalloz civil*, mai 2013.

MAZEAUD Denis, « La cause », in *1804 – 2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, D. 2004, 451.

MAZEAUD Denis, « La réduction des obligations contractuelles », in *Colloque fac. Chambéry, que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, *Droit et Pat. mars* 1998, n°58, p. 58.

MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », *LPA* 30 juin 2005, n°129.

MAZEAUD Léon, « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929 p. 17.

MESTRE Jacques, « De la date de naissance des obligations contractuelles », *RTD civ.* 1987.

MESTRE Jacques, « Gage de choses futures », *D.* 1982, 141.

MIRBEAU-GAUVIN Jean-Régis, « Prêt », *Rép. Dalloz civil*.

MONSÉRIÉ-BON Marie-Hélène, « Entreprises en difficulté (Période d'observation) », *Rép. Dalloz commercial*, 2007.

MORIN Georges, « Qui de la communauté ou des biens propres doit supporter les charges usufruitaires des biens propres ? », in *mél. Colomer*, 1993, p. 259,

NEAU-LEDUC Philippe, « Les apports de l'analyse comptable et fiscale à la théorie générale de la fiducie », in *La fiducie dans tous ses états, Journée nationale Capitant*, Dalloz 2011.

OPHELE C., « Cession de créance », *Rép. Dalloz*, n°8.

PÉTEL Philippe et BRENAC Jean-Lucien, « Les créances de procédure », *Rev. proc. Coll.*, 2008, n°2, p. 104, dossier n°7.

PÉTEL Philippe, « L'adaptation des procédures collectives à l'EIRL », *JCP E* 2011, n°1071.

PÉTEL Philippe, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté », *JCP G* 2005, 1509, n°83.

PÉTEL Philippe, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté, acte II, commentaire de l'ordonnance du 18 déc. 2008 », *JCP E* 2009, I, n°110, p. 1049.

PÉTEL Philippe, « Les créances postérieures », *Rev. proc. Coll.* 2006, p. 142

PÉTEL Philippe, « Pour une relecture de l'article L.621-32 du Code de commerce », in *Mélanges Y. Guyon*, 2003, p. 917.

PIEDELIEVRE Stéphane, « Crédit et successions : la sécurité de l'héritier passe avant les droits des créanciers successoraux », *Droit et pat. mars* 2007, n°157, p. 59.

PIEDELIEVRE Stéphane, « Fruits », *Rép. Dalloz*, 1997.

PIEDELIEVRE Stéphane, « Les fruits et les revenus en droit patrimonial de la famille », *Rev. dr. prospectif*, 1994, p.75, n°1.

PILLEBOUT Jean-François, « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », in *mél. Holleaux*, Litec 1990 p. 357.

PINTO-MONTEIRO Antonio, « La clause pénale en Europe », in *mél. Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, p.719.

POHÉ Danis, « Redressement et liquidation judiciaires, Règlement des créances », *JCL*, fasc. 2715.

PRAQUIN N., « Du Code de commerce au décret-loi du 8 août 1935 : comptabilité et protection des créanciers dans les sociétés anonymes », in *Colloque du Bicentenaire du Code de commerce, 1807-2007*, Dalloz 2008.

PRIGENT Stéphane, « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », *LPA* 26 juin 2006.

QUIVIGER Pierre-Yves, « Le contrat comme lien et comme bien », in *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009.

RAIMON Michaël, « Les sociétés non immatriculées et l'engagement des associés », *GP* 21 déc. 2000, n°356, p. 2, n°17.

RAYNAUD Pierre, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs, in *Études de droit contemporain, Contribution Française aux IIIème et IVème Congrès internationaux de Droit Comparé* », *S.* 1959, p. 376.

RAYNAUD Pierre, « Les dettes de valeur en droit français », in *mél. J. Brethe de La Gressaye*, 1967, p. 611.

REMY Philippe, « La “responsabilité contractuelle” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

REMY Philippe, « Le principe de subsidiarité dans l'enrichissement sans cause », in *L'enrichissement sans cause, la classification des sources des obligations*, dir. V. Mannino et C. Ophèle, LGDJ 2007, p. 59.

REMY-CORLAY Pauline, « Exécution et réparation : deux concepts », *RDC* 2005, n°1, p. 13.

RETAIL Léon, « La notion juridique de Patrimoine et la notion comptable de bilan », *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, août-septembre 1927.

RIEG Alfred, « Le contrat dans les doctrines allemande du XIXe siècle », *Arch. phil. droit*, t. 13.

RIPERT Georges et TEISSEIRE M., « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD civ.* 1904, p. 727.

ROCHFELD Judith, « La Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie », *RTD Civ.* 2007, p. 412.

ROCHFELD Judith, « La rupture efficace du contrat », in *Droit et économie des contrats*, dir. Christophe Jamin, LGDJ, 2008, p. 155.

ROLAND Henri, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », in *mél. Voirin*, 1966, p. 737.

ROUAST André, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1922, n°35.

ROUSSEL GALLE Philippe, « Déclaration d'insaisissabilité : ça ne peut plus durer ainsi ! », *Rev. proc. coll.*, n° 4, Juillet 2012, repère 4.

RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline, « Présentation de la loi adoptée le 13 octobre 1999 relative au Pacte Civil de Solidarité (PACS) », *JCP G* 1999, p. 1909.

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, « Créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* sept. 2005, p. 221.

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », in *colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances*, *LPA* n°224 du 9 nov. 2004 p. 11.

SAINTOURENS Bernard, « Déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », *RTD com.* 2003, 690.

SAVAUX Éric et SCHÜTZ Rose-Noëlle, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs, Réflexion à partir du contrat de bail », in *mél. Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p.27.

SENECHAL Jean-Pierre, « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *LPA* 22 déc. 1999 n°254, p. 34.

SERIAUX Alain, « Conception juridique d'une opération économique, le paiement », *RTD civ.* 2004, 225.

SERIAUX Alain, « L'argent du droit, Contribution à une théorie juridique de la valeur », in *mél. Oppetit, Litec*, 2009, p. 579.

SIMLER Philippe, « De quelques insuffisances du régime matrimonial légal », in *Le droit patrimonial de la famille, réformes accomplies et à venir*, journée Capitant, 15 oct. 2004, Dalloz 2006, p. 7.

SUMIEN P., « De la divisibilité de la prime ou de la cotisation d'assurance », *D.* 1945 ch. p. 6.

TEXIER Anne-Sophie, « Entrepreneur individuel à responsabilité limitée et droit des entreprises en difficulté », in *EIRL*, dir. Philippe Roussel Galle, LexisNexis, Droit 360°, 2011.

THALLER, « Créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite », *Rev. crit. législ et jurispr*, 1881, p. 65.

THIBIERGE Catherine, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, 577.

THOMASSIN Nicolas, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, p. 655.

TOPOR Lucienne, « La notion de créance à caractère périodique au sens de l'article 2277 du Code civil », *RTD civ.* 1986,1.

TORCK Stéphane, « La date de naissance des créances en droit civil », in Colloque sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 25.

VALLANSAN Jocelyne, « Redressement et liquidation judiciaire, déclaration et admission des créances », *JCL Procédures collectives*, fasc. 2352, déc. 1999, mise à jour janv. 2014.

VALLIOT Régis, « La loi du 26 juillet 2005 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : le point de vue de l'administrateur judiciaire – mandataire ad hoc et conciliateur », *JCP E* 2005, p. 1775

VAREILLE Bernard, « Communauté légale, liquidation partage », *Rép. Dalloz civil*, 2013.

VATINET Raymonde, « La date de naissance des créances en droit du travail », in Colloque du CEDAG sur la date de naissance des créances, *LPA* 9 nov. 2004, n°224, p. 19.

VILLEY Michel, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », in *Arch. Philo. Droit, t. 13*, Dalloz, 1968.

VINEY Geneviève, « La responsabilité contractuelle en question », in *mél. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

Acceptation à concurrence de l'actif net : 1240

Action directe 714

Action paulienne : 45, 219, 332

AGS : 459, 493, 557

Assiette d'imposition : 648, 650, 662, 695, 720

Avis à tiers détenteur : 30, 156, 329

B

Bail commercial : 69, 111, 125, 237, 252, 386, 458, 905, 921, 939, 963, 974, 1071, 1106, 1147

Bien : 142, 308, 957

Bilan : 540, 601, 753

C

Cause (théorie de la) : 93

Cautionnement : 122, 366

- Action avant paiement : 474
- Contrat à durée déterminée : 367
- Contrats à durée indéterminée : 370
- Couverture et règlement : 366
- Dette future identifiée : 379
- Dettes futures : 17, 373
- Loyers futurs : 564
- Omnibus : 380, 382, 452

Cession de contrat : 229 s., 912 s.

- Absence de libération du cédant : 969
- Bail commercial : 963
- Cession légale : 961, 990
- Cession conventionnelle : 923, 564
- Contrat d'assurance : 965
- Créances successives : 245
- Garantie du cédant : 242

Cession de créances : 927, 938

- Créance à exécution successive : 250, 258
- Créance future : 165, 169, 175

- Dailly : 20, 160, 169, 225

- Procédure collective : 178

Charges : 657 s., 840 s.

- Usufructuaires : 872

Clause pénale : 182, 195, 199

Commission :

- Agent commercial : 789, 831
- Agent immobilier : 463

Communauté légale : 42, 553, 639, 761

- Acquêts : 777
- Charges des biens propres : 876
- Gains et salaires : 1047
- Répartition entre les masses : 1026

Compensation : 15

- Dettes connexes (de) : 213

Condition suspensive : 523, 528

Conflits de lois : 411, 413

Contrat : 26

- Agent commercial : 922
- Contrat innomé : 617
- Durée déterminée : 29
- Durée indéterminée (à) : 32, 85, 271
- Effets réels et personnels : 77, 174
- Entreprise (d') : 194
- Exécution successive (à) : 29, 109, 627
- Intangibilité : 217
- Norme : 519
- Réel : 477
- Réfaction : 215
- Révision : 218
- Violation efficace : 187

Contrat de travail : 633, 998

Convention de tiers payant : 632

Copreneur solidaire : 900

Couru : 663, 668, 733

Créance : 2, 68, 283

- Acquise : 552, 590, 594, 638, 657, 667, 771 s.
- Aléatoire : 447
- Amende (d') : 974, 1222

- Caution : 477
- Certainne : 39, 344
- Commune : 639, 667
- Conditionnelle : 38, 444
- Contingence : 221, 290
- Créance économique : 645 s.
- De conservation et de gestion : 1056, 1098
- Définition PCG : 688
- Division : 219, 725
- Droit subjectif personnel : 699
- Extinction : 15, 97
- Extracontractuelles : 299, 1170
- Fait générateur : 806
- Fonction économique : 275
- Impôt : 1220
- Liquide : 41, 186
- Perfection (de la) : 334, 715
- Potentiel juridiquement protégé : 292
- Prix (de) : 24
- Protection (de la) : 292, 957 s., 1118
- Réfaction : 189
- Régularité (de la) : 1210
- Réparation (de) : 299 s.
- Restitution (de) : 465, **1221**
- Terme : 38, 342

Crédit-Bail : 367, 1036

D

Date de naissance :

- Superposition : 692

Déchéance du terme : 111, 203, 394 s.

Déclaration des créances non privilégiées : 109, 627

Déclaration d'insaisissabilité : 8, 957, 1082 s.

Délégation : 928, 969, 975, 1078

Délivrance : 816

Dette :

- Cessibilité : 937 s.
- Cession : 948 s.
- Conservation et de gestion (de) : 1056
- Contribution à la dette : 996
- Incessibilité : 253, 941
- Transfert au patrimoine fiduciaire : 644, 1103
- Valeur (de) : 319

Définition PCG : 596, 689

Dividendes : 152, 754

Dogme : 407 s., 442

Domage : 301 s.

- Préjudice (distinction du) : 311 s.

Droit :

- Analyse économique : 187
- Romain 422 s., 617

Droit acquis : 411, 788

Droit d'opposition : 19

- EIRL: 1140
- Fonds de commerce : 133, 668, 733
- Généralisation : 1144
- Sociétés : 19, 1148

Droit de gage général : 19, 118, 121

Droit éventuel : 43

Droit subjectif personnel : 2

E

Échange (analyse économique) : 621, 681, 706

Économie : 879

EIRL : 10, 700, 1081, 1119 s.

Enrichissement sans cause : 712, 891

Entreprises en difficulté : 1158 s.

- Avis à tiers détenteur : 169
- Cession de créances 164 s.
- Changement de régime matrimonial (et) : 1034
- Comités de créanciers : 1180
- Contrats en cours : 736, 1163 s.
- Créance de dépens et de l'art. 700 CPC : 1225
- Créance du garant solvens : 1224
- Critère téléologique : 1182 s.
- Déclaration d'insaisissabilité (et) : 1085
- Discipline de la procédure 1174 s.
- Domage corporel : 1228
- Effet d'indisponibilité : 178
- Masse des créanciers (anc.) : 1163
- Préjudice environnemental : 1229
- Privilège de conciliation : 1212
- Privilège de procédure : 3, 823
- Régularité des créances : 1210
- Thèse matérialiste (fondement) : 68

Équité 709, 711, 714, 838, 826 s.

- Objective : 887 s.

Exception d'inexécution : 225

Exécution forcée : 182, 193

Exigibilité : 42, 204, 734 s., 458, 770, 791

- Anticipée : 111
- Immédiate : 103, 568
- Par défaut : 581

Extinction : 727

F

Faculté de relocation : 126

Fiction juridique : 158, 173, 275, 558 et s.,

Fiducie : 1093 s.

- Théorie du patrimoine (et) : 1096
- Défaillance : 1103
- Dénouement : 1110
- Sort des dettes au dénouement : 1115

Flux : 853

Fonds de commerce : 19, 132, 865, 963

- Apport en société : 19, 84
- Location-gérance : 19
- Opposition (sur le prix de vente) : 19, 668,

Fruits :

- Civils : 551, 669, 749, 756, 758, 872
- Naturels : 680, 757

G

Gage général : 134, 941, 1018, 1025, 1086

Germe (de créance) : 43, 51, 149 et s., 174, 439

H

Hypothèque (de dette future) : 17, 121, 281, 377

I

Impôt sur les bénéfices (BIC – IS) : 545, 654, 662, 719

Incessibilité des dettes : 253, 937 et s.

Indemnité :

- Licenciement (de) : 320, 456, 487
- Non-concurrence (de) : 459, 954, 993
- Préjudice corporel : 1228

- Préjudice environnemental : 1229
- Responsabilité délictuelle (de) : 1033

Indivision : 127, 264, 700, 874, 1017, 1021, 1053 et s.

- Absence de personnalité morale : 640, 640
- PACS (du) : 1064
- Passif indivis : 1057
- Postcommunautaire : 1061
- Recours personnel divis : 1077

Infans conceptus : 938

Interdiction des paiements : 161

Intérêts : 110

- Moratoires : 323

Inventaire : 703, 810, 857, 865, 1051

J

Jugement de condamnation : 299, 314 et s.

- Constitutif ou déclaratif : 333 et s.

Justice commutative : 683, 699, 709, 889.

L

Liquidité : 41, 50, 1220

Livraison : 849 et s., 1029

Loyers : 63, 69

- Exigibilité immédiate : 103, 111 et s.
- Faculté de relocation : 126

M

Marchés publics : 718, 779 et s.

Monnaie : 676 et s.

N

Naissance de la créance : 67, 722

- Réparation (de) : 328
- Instantanée : 70
- Thèse périodique moniste : 81
- Thèse périodique dualiste : 85
- Thèse classique : 26, 405 et s.
- Thèse matérialiste : 28, 66 et s.

Nantissement de créances futures : 20

Norme : 517 et s.

O

Objet : Détermination : 294

- Déterminabilité : 296, 346 et s.
- Division : 725
- Formation progressive : 284 et s., 311 et s., 325

Obligation : 1

- Contingence : 221 et s.
- Couverture (de) : 366
- Économique : 674 et s.
- Extracontractuelle : 299 et s., 706, 1170, 1126

Obligation à la dette : 894, 984 et s., 1015, 1037

Opposition à tiers détenteur : 160

P

PACS : 902, 1064

Pactes prohibés : 42

Paiement : 15, 97 et s.

D'avance : 98, 275, 397, 1141

Anticipé : 126, 395

Pas-de-porte : 105

Patrimoine : 121, 127, 1018 et s.

- Affectation (d') : 1018, 1021
- Théorie d'Aubry et Rau : 1018

EIRL : 1119 et s.

- Critiques : 1122, 1123
- Actif : 1128
- Avantages : 1124
- Passif : 1131
- Rapports entre patrimoines : 1135
- Transfert ou dissolution : 1141 et s.

Pension alimentaire : 785, 1126

Période contractuelle : 65, 81, 85, 795

Personnalité morale de la masse : 635, 932, 1034, 1165

Potestativité : 297, 346, 356 et s.

Préjudices : 311 et s.

- Contamination VIH : 326
- Évaluation : 319, 325
- Futurs : 302
- Naissance (de, aff. Péruche) : 306 et s.

Prescription : 16

Prestation

- Caractéristique : 801 et s., 843, 934, 936, 950
- De service : 803
- Refus de réception : 193 et s.

Prêt : 206

- Nature : 467

Principe Général du Droit : 504

Principes comptables :

- Indépendance des exercices : 858, 862
- Prudence : 842 et s.

Privilège :

- Bailleur (du) : 124 et s.
- Séparation des patrimoines (de) : 127, 265, 1068
- Vendeur d'immeuble (du) : 416 et s.

Prix (indéterminé, mais déterminable) : 399 et s.

Procédure surendettement : 9, 478, 1125

Produits : 425, 657 et s., 777

- Corrélation avec les charges : 840 et s.

Propriété (transfert) : 20, 45, 142 et s.

Propriété intellectuelle : 667, 777, 880

- Exploitation d'un brevet : 1039

R

Récompenses : 639 et s., 1135

Recours subrogatoire : 893, 894, 999, 1000, 1224

Réfaction 189 et s.

Régimes matrimoniaux : 18

Rente viagère : 398, 448, 575, 726, 736, 769, 787, 1078

Répétition de l'indu : 397, 892 et s., 939, 1191, 1221

Résiliation unilatérale : 87, 284 et s., 346 et s., 375, 388, 1045, 1251

Résolution (du contrat) : 193 et s., 271, 399, 453, 575, 629, 631, 701, 804, 818 et s., 1221

Responsabilité :

- Contractuelle (controverse) : 483 et s.

- Délictuelle : 337 et s.
- Médicale : 314, 315 et s.
- Revenus : 745 et s., 760 et s., 467, 522, 876
- Commissaires aux comptes : 68, 104, 829 et s.
- Communs : 1027 et s.
- Honoraires : 212, 553, 830
- Indivis : 874
- Industrie : 765 et s.
- Perception : 464, 670, 744 et s.
- Rémunération : 828 et s., 1028 et s.
- Travail (du) : 554 et s., 655, 903, 990, 999, 1030 et s., 1147, 1181 1227

Révision pour imprévision : 212, 271

S

Saisie-Attribution : 20

- Cession (comparaison) : 164 et s.
- Créances à exécution successive (de) : 153 et s., 223, 277
- Procédure collective (et) : 106

Salaire différé : 42, 1227

Sociétés :

- Droit d'opposition : 19
- Reprise des engagements : 903 et s.

Solidarité : 19, 139, 897, 901

Surendettement des particuliers : 1237 et s.

Système de partie double : 703

T

Taxe sur la valeur ajoutée : 213, 646 et s., 706, 803, 810, 816, 825

Terme incertain : 342

Titres financiers : 102, 1097

Transfert de propriété : 20, 46, 52, 77, 143, 159, 160, 174, 178, 191, 223

U

Usufruit : 551, 659 669 756, 865, 872, 1099 et s.

V

Valeur : 647 et s., 658, 681 et s., 688 et s.

- Dette (de) : 299, 319 et s.

Vente immobilière : 736

Ventilation :

- Découpage temporel : 852, 859 et s., 1076, 1099

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 1 : Les carences d'une approche juridique de la date de naissance de la créance 34

TITRE 1 : Critique de la date de naissance de la créance fixée au stade de l'exécution du contrat.....36

Chapitre préliminaire : L'exposé des thèses en présence	38
Section 1: La thèse matérialiste d'une naissance continue de la créance de prix.....	41
§1: Une thèse fondée sur la jurisprudence du privilège de procédure	41
A. Exposé de la naissance matérialiste	42
B. Critique de la naissance matérialiste	45
§2 : Une thèse déclinée par la doctrine	48
A. Les thèses inconcevables d'une naissance continue de la créance de prstation.....	48
B. Les thèses concevables d'une naissance instantanée de la créance de prestation	51
Section 2 : La thèse périodique d'une renaissance cyclique des créances	51
§1 : La thèse périodique moniste.....	52
§2 : La thèse périodique dualiste	53

Chapitre 1 : L'argumentation spécifique aux contrats à durée déterminée 57

Section 1 : Des thèses lacunaires.....	58
§ 1 : L'existence du lien au jour de la formation du contrat.....	61
A. La possibilité d'un paiement antérieur	61
1/ Le paiement du prix avant l'exécution de la contreprestation.....	64
a) Une pratique courante et variée	64
b) L'exemple spécifique du pas-de-porte.....	66
2/ La déclaration des échéances postérieures	67
a) La déclaration des échéances postérieures d'un contrat non privilégié à exécution successive.....	68
b) La déclaration des intérêts à échoir.....	69
3/ L'exigibilité anticipée des échéances postérieures	69
a) L'exigibilité immédiate des termes successifs de loyers dans le droit positif	71
b) Le triple choix historique d'une naissance antérieure de tous les loyers postérieurs	71
B. L'existence d'une protection antérieure.....	76
1/ Le bénéfice d'un Privilège.....	77
a) La couverture des loyers postérieurs par le privilège du bailleur.....	77
b) Le privilège de séparation des patrimoines admis pour les échéances postérieures au décès.....	80
2/ Le bénéfice de la protection prévue pour les opérations sur fonds de commerce.....	84
a) L'opposition sur le prix de vente du fonds de commerce pour les échéances postérieures à la cession	84
b) La solidarité au début de la location gérance, applications de L. 144-7 du Code de commerce.....	89
§ 2 : L'existence du bien au jour de la formation du contrat	91
A. La validité de la saisie des échéances postérieures	92
1/ La saisie des échéances postérieures à sa signification	92
a) L'impossible saisie d'une créance future	92
b) La possible saisie des échéances postérieures.....	96
2/ La saisie des échéances postérieures à l'ouverture d'une procédure collective	98
a) Une créance sortie du patrimoine du débiteur avant l'ouverture de la procédure.....	98
b) Le rejet d'une explication par la fiction juridique	100
B. L'efficacité de la cession des échéances postérieures.....	109
1/ L'indifférence du jugement d'ouverture quant aux échéances postérieures.....	110
a) La jurisprudence contraire de la chambre commerciale avant 2002.....	111
b) Le revirement depuis 2002.....	112

2/ L'obstacle du jugement d'ouverture à l'efficacité de la cession antérieure de créances nées postérieurement	113
a) Le rejet de la fiction juridique comme fondement à l'efficacité d'une cession de créance postérieure au jugement d'ouverture	113
b) L'obstacle du jugement d'ouverture à l'efficacité d'une cession antérieure de créances non encore nées au jour de sa survenance.....	117
Section 2 : Des thèses inutiles.....	119
§ 1 : Interprétation renouvelée du refus d'exécution forcée.....	120
A. L'illusion d'une naissance postérieure.....	121
1/ Le refus d'exécution forcée du paiement des échéances postérieures.....	121
a) L'illusion d'une absence de naissance de la créance.....	122
b) La réalité d'une réfaction de la créance préalablement née.....	125
2/ Le paiement immédiat des échéances postérieures qualifié d'indemnisation.....	133
a) L'absence de prix avant la survenance des échéances ?.....	133
b) L'impossible déchéance du terme des échéances postérieures ?	135
B. Un environnement propice à l'illusion d'une absence de naissance	138
1/ La résistance du droit à l'égard de la réfaction	139
a) La résistance derrière l'existence.....	139
b) L'explication par une intangibilité et une indivisibilité poussives	144
2/ L'inaperçue contingence de l'obligation	146
a) La contingence et ses conséquences	147
b) Une perception troublée par sa présentation sous forme d'exception opposable...	149
§ 2 : Interprétation renouvelée de la cession de contrat.....	153
A. L'argumentation déficiente au soutien d'une naissance successive des créances	155
1/ L'insuffisance des arguments de droit positif.....	155
a) La jurisprudence obsolète ou en sens contraire	155
b) La jurisprudence spécifique sur la cession du bail commercial	157
2/ L'insuffisance de l'argumentation théorique	158
a) Caractère inopérant de la qualité en vertu de laquelle le cédant reste tenu	158
b) Incohérence quant à la date de naissance des créances successives	159
B. Une naissance successive dépendante du principe d'incessibilité des dettes	161
1/ La naissance successive des créances reposant sur le principe d'incessibilité des dettes	162
2/ La remise en cause du principe d'incessibilité des dettes.....	163
Chapitre 2 : L'argumentation spécifique aux contrats à durée indéterminée.....	168
Section 1 : Proposition du fondement nouveau d'un objet à formation progressive.....	172
§ 1 : La naissance de l'obligation au jour du contrat expliquée par la formation progressive de son objet.....	173
A. Le choix d'une naissance pour le tout au jour du contrat	178
1/ Un choix en cohérence avec le système de droit privé.....	178
a) Le rejet d'une fiction dans le transfert ou le paiement de l'obligation.....	179
b) L'admission d'une fiction dans la résiliation efficace de la caution	181
2/ Un choix en harmonie avec la fonction économique de la créance	182
B. La voie d'une obligation à objet à formation progressive.....	183
1/ Une obligation envisageable au regard de l'essence de la créance	184
a) L'éviction d'une liquidité définitive ou d'une certitude absolue	184
b) L'identification d'un potentiel juridiquement protégé	187
2/ Une obligation déterminable par la volonté unilatérale des parties	188
§ 2 : L'existence de l'obligation extracontractuelle à objet à formation progressive.....	189
A. Une naissance au jour du dommage incorporant les préjudices futurs.....	190
1/ La naissance de la créance de réparation au jour du dommage initial.....	190
a) La possible condamnation immédiate à réparer les préjudices futurs.....	190
b) L'impossible réduction de la créance de réparation des préjudices futurs.....	192
2/ Les préjudices subséquents faisant croître l'objet de la créance de réparation.....	195
B. Une croissance avec la survenance des préjudices subséquents	199
1/ L'évolution de l'objet en l'attente du jugement de condamnation	200
a) Réfutation de l'analyse classique d'une dette de valeur monétaire ab initio.....	201

b) Adoption d'une analyse renouvelée d'une obligation en nature à objet à formation progressive.....	207
2/ La transmutation de l'objet par le jugement de condamnation.....	210
a) Absence de naissance de la créance par le jugement de condamnation	210
b) Perfection de l'objet de la créance par le jugement	214
§ 3 : L'existence de l'obligation contractuelle à objet à formation progressive	216
A. La réalité des créances contractuelles au montant inconnu lors de leur naissance.....	217
1/ Des exemples de créances contractuelles au montant inconnu au jour du contrat.....	218
a) Dans les contrats à exécution instantanée	218
b) Dans les contrats à durée déterminée	219
c) Le contrat à durée déterminée à terme incertain.....	220
2/ La déterminabilité par la rupture unilatérale de l'une des parties	222
a) L'objet indéterminé mais déterminable	223
b) La détermination par la rupture unilatérale du contrat	227
B. La validité des créances contractuelles de prix à objet à formation progressive	229
1/ La bilatéralité de la limitation des obligations	230
2/ La bilatéralité de la faculté de résiliation	231
Section 2 : Inutilité du fondement traditionnel d'une naissance successive de la créance.....	233
§ 1 : Interprétation renouvelée de la résiliation du cautionnement d'un contrat à durée indéterminée	234
A. Appréciation critique du fondement classique d'une naissance successive.....	238
1/ Exposé de la jurisprudence invoquée	238
2/ Appréciation critique de la jurisprudence invoquée	239
a) Le caractère non explicité du fondement d'une naissance successive de la créance	239
b) Le présupposé doctrinal d'une naissance future de la créance	239
B. Exclusion du fondement classique d'une naissance successive	240
1/ L'inefficacité théorique d'une résiliation quelque soit la date de naissance de la créance	241
a) L'impossible résiliation du cautionnement d'une dette future identifiée	243
b) Le caractère identifié de la créance de prix issue d'un contrat à durée indéterminée	245
2/ L'explication de la résiliation efficace sans le fondement d'une naissance successive	246
a) Tentative d'une explication technique fondée sur le caractère accessoire du cautionnement	246
b) Explication par une politique de faveur pour la caution.....	248
§ 2 : Interprétation renouvelée de l'inconcevable déchéance du terme dans le contrat à durée indéterminée	251
A. Absence d'incompatibilité avec l'existence d'une créance	252
B. Existence d'un substitut par la constitution d'une rente au service équivalent.....	254

TITRE 2 : Consolidation de la date de naissance de la créance fixée au stade de la formation du contrat..... 259

Chapitre 1 : Approche renouvelée d'un principe 260

Section 1 : La faiblesse d'un dogme.....	260
§ 1 : Exposé du dogme.....	261
A. Le symptôme d'une absence de fondement	261
1/ La date du contrat comme outil de résolution des conflits de lois	262
a) Les conflits de lois dans le temps	262
b) Les conflits de lois dans l'espace	263
2/ La date du contrat comme point de départ du délai d'inscription du privilège du vendeur d'immeuble.....	264
3/ La date du contrat comme naissance des dettes d'une société civile de construction	266
B. L'origine d'une confusion entre contrat et obligation	267
1/ La fusion des concepts en droit romain	268
a) Une fusion automatique sous l'ancien droit romain	268
b) Une fusion persistante à l'époque classique.....	270
2/ La confusion des concepts dans le Code civil.....	271

§ 2 : Critique du dogme	274
A. Les exceptions non tolérées	275
1/ La dérive doctrinale	275
a) Emmanuel Putman	276
b) Les auteurs ayant suivi Emmanuel Putman	279
2/ La contradiction du droit positif.....	280
a) Les obligations conditionnelles et aléatoires	280
b) Les autres obligations nées après la formation du contrat.....	283
B. Les datations erronées	288
1/ Les erreurs conscientes.....	288
a) Le dégonflement inaperçu des créanciers de l'ancien article 40.....	289
b) Devoir restituer ce qui n'a pas encore été reçu.....	291
c) Devoir rembourser ce qui n'a pas encore été déboursé	296
2/ Les erreurs inconscientes.....	303
a) La datation erronée sans justification opportuniste.....	303
b) Le soutien erroné du courant anti responsabilité contractuelle	305
Section 2 : La force d'un principe	315
§ 1 : Exposé du principe.....	316
A. La valeur d'un principe général du droit	316
1/ Un principe répété en jurisprudence.....	316
2/ Un principe élevé au rang de principe général du droit.....	317
B. Le régime d'une norme juridique	318
1/ La contrat analysé comme une norme juridique.....	319
2/ La norme juridique en principe immédiatement appliquée	321
§ 2 : Exposé des exceptions	323
A. L'admission des exceptions.....	323
1/ Des exceptions inhérentes à la nature normative du contrat.....	324
2/ La nature normative du contrat incomplètement perçue	325
B. L'essence des exceptions	326
1/ La nature d'une condition suspensive	327
2/ Typologie subséquente des exceptions	329
a) L'inopérante volonté à ériger seule une exception.....	330
b) Les cas opérants de conditions suspensives	331
Chapitre 2 : Approche renouvelée du « foyer de résistance »	334
Section 1 : Les limites d'une fiction juridique.....	335
§ 1 : Un phénomène non exclusif au droit des entreprises en difficulté.....	336
A. En droit comptable et fiscal.....	337
1/ L'appréhension comptable de la créance à sa naissance matérialiste.....	339
2/ La confortation du droit fiscal dans l'imposition des bénéfices	341
B. En dehors des droits comptable et fiscal.....	344
1/ En matière d'usufruit.....	345
2/ En droit patrimonial de la famille	345
3/ En matière d'AGS.....	348
§ 2 : Un phénomène non explicable par une fiction juridique	349
A. L'absence de marginalité.....	351
1/ Un dépassement quantitatif.....	351
2/ Un dépassement qualitatif.....	352
B. L'insuffisance des justifications.....	352
1/ L'intenable redressement de l'entreprise	352
2/ L'obsolète exigibilité immédiate.....	353
Section 2 : Une approche renouvelée de la créance.....	354
§ 1 : L'existence implicite en droit des entreprises en difficulté.....	355
A. Une créance atypique.....	355
1/ Une créance à la date de naissance parfois instrumentalisée	355
2/ Une créance parfois indifférente à son extinction	356
a) Une créance naissant après son extinction	356
b) L'extinction pour défaut de déclaration d'une créance éteinte	357

B. Une naissance atypique dans la vente	358
1/ Une naissance matérialiste éludée	359
2/ Une naissance matérialiste identique en droits comptable et fiscal.....	360
§ 2 : L'existence formelle en droits comptable et fiscal	362
A. Pleine conscience d'une acception divergente de la créance	363
1/ Un choix opéré en droit fiscal	363
2/ Une évidence pour la doctrine fiscale	365
B. Approche de cette acception divergente de la créance	366
1/ Une définition différente de la dette	366
2/ Une approche différente des créanciers	369

PARTIE 2 : Les virtualités d'une approche économique de la date de naissance de la créance375

TITRE 1 : Notion de créance économique 378

Chapitre 1 : Constatation empirique d'une présence de la créance économique379

Section 1 : Une seconde vision du contrat corrélatrice de la créance économique	379
§ 1 : Le contrat innommé en droit romain.....	380
§ 2 : Le contrat en économie.....	382
Section 2 : Une seconde vision de la créance de prix constitutive de la créance économique	384
§ 1 : Dans les sources de droit positif	385
A. Dans les textes.....	385
B. Dans la jurisprudence	387
§ 2 : Dans la doctrine.....	390
A. L'interprétation de solutions jurisprudentielles du temps de la personnalité morale de la masse.....	390
B. L'utilisation du terme « créance » en l'absence de véritable créance	392

Chapitre 2 : Conceptualisation de la créance économique395

Section 1 : Essence de la créance économique	395
§ 1 : L'expression juridique de la valeur.....	396
A. La naissance matérialiste comme assiette de la TVA.....	397
B. L'assiette de la TVA source d'inspiration	398
1/ Correspondance quant au critère positif objectif	399
2/ Absence de correspondance quant au critère subjectif	400
§ 2 : Une valeur incarnant les produits et les charges.....	402
A. La naissance matérialiste comme date de rattachement des produits et des charges en droits comptable et fiscal	403
1/ En droit comptable	403
2/ En droit fiscal.....	404
B. La naissance matérialiste désignant les produits et les charges en droit commun.....	406
1/ Traces de la créance économique utilisée en tant que produit.....	406
a) Les produits pécuniaires de l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en propriété intellectuelle	406
b) Les loyers « courus » exclus du droit d'opposition sur le prix de vente du fonds de commerce.....	406
2/ La créance économique de fruits civils en droit des biens.....	407
§ 3 : Tentative de définition de la créance économique	409
A. Les éléments constitutifs.....	410
1/ La double fonction de la monnaie en droit	410
a) Un objet d'une obligation juridique commune.....	411
b) Un outil de valorisation économique.....	413
2/ La définition de la créance en droit comptable par une valeur économique positive ou négative	415
a) La mécanique subséquente de la naissance.....	415

b) La superposition potentielle des dates de naissance des deux acceptations de la créance	417
B. La nature.....	420
1/ Absence d'identité de nature avec la créance juridique.....	420
a) Exclusion de la nature d'un droit subjectif personnel.....	421
b) Un donné rétrospectif davantage qu'un construit prospectif.....	422
c) Extension envisageable hors la source contractuelle	425
2/ Absence d'autonomie d'avec la créance juridique.....	425
a) Divergence fondamentale avec une source d'obligation comme l'enrichissement sans cause.....	426
b) Convergence avec la créance juridique comme plan nouveau de "perfection"	430
C. Les caractères	433
1/ Une naissance en continu	433
2/ Un « objet » particulièrement divisible	434
3/ Une résistance à l'extinction.....	435
4/ Une objectivité de l'information représentative	436
Section 2 : Comparaison de la créance économique	437
§ 1 : L'exigibilité de la créance juridique	438
A. Absence d'identité des concepts	438
B. Dangers d'une confusion des concepts.....	439
1/ Le risque de confusion des concepts	439
2/ La réalisation du risque de confusion des concepts	440
§ 2 : La perception des revenus	442
A. La qualification de créance économique appliquée aux revenus	442
1/ Les revenus généralement constitutifs d'une créance économique	443
2/ Les dividendes non-constitutifs d'une créance économique	446
B. La confusion de la naissance économique des revenus avec leur perception.....	450
1/ La perception en apparence retenue par le droit positif	450
2/ La perception écartée pour la naissance de la créance économique.....	452
a) Analogie avec les revenus du travail.....	452
b) Un symptôme de l'inaperçue créance économique.....	454
§ 3 : La notion de créance acquise.....	456
A. Une notion incorporant la créance économique	456
1/ Une évocation terminologique applicable à la créance économique	456
2/ Des applications pratiques correspondant à la créance économique.....	457
a) Le privilège de procédure en droit des entreprises en difficulté	457
b) La propriété intellectuelle en communauté légale.....	457
c) Les marchés publics	458
d) La théorie des créances acquises en comptabilité et fiscalité	459
B. Une notion trop hétéroclite pour former une catégorie juridique.....	459
1/ Une terminologie dépourvue de précision suffisante	459
2/ Un domaine dépourvu d'unité.....	460
a) Les créances d'ordre public	460
b) Les droits acquis en droit du travail	463
c) La commission de l'agent commercial.....	463
Chapitre 3 : Complications de datation de la naissance de la créance économique	468
Section 1 : Difficultés pour une vente.....	470
§ 1 : Dans la détermination abstraite.....	470
A. La date de livraison matérielle des meubles.....	470
1/ Le constat.....	471
2/ Les explications.....	473
3/ Les précisions	475
B. La date critiquable du transfert de propriété en matière d'immeubles	477
1/ Exposé de la jurisprudence.....	477
2/ Appréciation critique.....	478
§ 2 : Dans l'application concrète	479

Section 2 : Difficultés pour une prestation de services.....	481
§ 1 : Jurisprudence remarquable	482
A. Complexité d'une jurisprudence changeante au gré des stipulations	482
B. Complexité dans l'identification de la prestation corrélative	482
§ 2 : Jurisprudence critiquable.....	483
TITRE 2 : Fonction de la créance économique.....	488
Chapitre 1 : La fonction de corrélation entre les produits et les charges	490
Section 1 : La corrélation entre les produits et les charges en droit comptable.....	490
§ 1 : Réfutation du fondement par le principe de prudence	490
A. Exposé du principe de prudence comme fondement de la "créance acquise"	491
1/ Rappel de la "théorie de la créance" acquise.....	491
2/ Justification de la "théorie de la créance acquise" par le principe de prudence.....	492
B. Rejet du principe de prudence par son asymétrie	493
§ 2 : Découverte du fondement technique de division temporelle.....	495
A. La comptabilité appréhendant les flux réels de biens et de services	496
B. La comptabilité opérant une division temporelle de l'activité	497
1/ Le réalisé comme élément fédérateur.....	498
2/ Application du réalisé illustré par l'usufruit d'un fonds de commerce	500
Section 2 : La corrélation entre les produits et les charges en droit commun	502
§ 1 : Ses manifestations.....	503
A. En droit des biens	503
1/ Les charges usufruituaires	503
2/ Les charges de l'indivision	504
B. En droit des régimes matrimoniaux.....	505
1/ Les charges des biens propres en communauté légale.....	505
2/ La notion d'économie renouvelée en communauté légale.....	506
§ 2 : Son fondement	508
A. L'adage « <i>ubi emolumentum ibi onus</i> », la charge va là où se trouve le profit.....	508
B. Les vecteurs légaux de l'adage « <i>ubi emolumentum ibi onus</i> ».....	512
1/ Le cas particulier du recours du <i>solvens</i> contre l'accipiens intellectuel.....	512
2/ Le cas général du recours subrogatoire du codébiteur solidaire non intéressé à la dette de l'article 1251-3° du Code civil.....	513
§ 3 : Ses potentialités	515
A. La mesure du recours du copreneur solidaire devenu non intéressé à la dette	516
B. La mesure du profit procuré à la société formée par un engagement non repris	517
Chapitre 2 : Le schème fonctionnel de la cession de contrat	523
Section 1 : La cession de contrat incluant une cession de créances et de dettes.....	524
§ 1 : La cession de la créance de prestation caractéristique.....	525
A. La véritable cession de contrat consacrée	526
1/ La consécration en droit positif de la cession conventionnelle de contrat.....	526
a) La consécration légale de la nature d'un bien cessible du contrat.....	527
b) Consécration jurisprudentielle de la véritable cession conventionnelle de contrat.....	528
2/ L'éviction des doutes quant à l'existence de la cession conventionnelle de contrat	529
a) Le rejet d'une analogie excessive avec une cession de créances	529
b) Le rejet d'une qualification en délégation	529
B. La cessibilité de tout contrat à la prestation caractéristique inachevée.....	531
1/ Le domaine de la cession de contrat non limité aux seuls contrats à exécution successive	532
2/ La cession de contrat touchant tout contrat à la prestation caractéristique inachevée	532
§ 2 : La cession de la dette du prix de la prestation caractéristique.....	533
A. La cessibilité des dettes.....	533
1/ Exclusion d'une analogie poussive avec la cession de créances.....	534
2/ Exclusion du principe dépassé d'incessibilité des dettes	536
B. Les dettes cédées avec le contrat.....	539

1/ La cession nécessaire de la dette principale de prix.....	539
a) Une transmission consubstantielle du transfert de la créance de prestation caractéristique	540
b) Une transmission montrée par les manifestations de la protection des créances ..	541
2/ La détermination difficile des dettes secondaires transmises	549
3/ La déclinaison subséquente des schémas possibles	551
 Section 2 : La créance économique comme mesure de la quotité cédée.....	554
§ 1 : A priori sur le plan de l'obligation à la dette	555
A. Cantonnement à l'exécution future mesurée par la créance économique.....	556
1/ Le cessionnaire tenu du prix de l'exécution postérieure nonobstant la date d'exigibilité	556
2/ Le cessionnaire non tenu du prix de l'exécution antérieure nonobstant la date d'exigibilité.....	557
B. Un cantonnement légalement consacré en droit néerlandais	558
§ 2 : A posteriori sur le plan de la contribution à la dette.....	561
A. Un recours subrogatoire parfois légalement prévu.....	562
1/ Le recours récursoire du nouvel employeur contre son prédécesseur.....	562
2/ Analyse en recours subrogatoire du recours du nouvel employeur contre son prédécesseur	563
B. L'admission d'un recours subrogatoire même non légalement prévu	564
1/ L'illustration du contrat d'assurance au transfert aménagé par la loi	564
2/ La généralisation à tout décalage consécutif de toute cession de contrat	565
 TITRE 3 : Domaine de la créance économique	570
 Chapitre 1 : La détermination du gage constitué par un patrimoine d'affectation	578
 Section 1 : La créance économique déterminant le gage des patrimoines d'affectation classiques	580
§ 1 : Détermination du gage de la communauté légale	580
A. Détermination positive par la répartition entre les masses	581
1/ La référence systématique à la date d'exécution de la prestation comme naissance du prix.....	582
a) La date d'exécution de la prestation et non pas sa date de commande.....	582
b) La date de livraison des fournitures et non pas leur date de commande.....	583
c) La date d'exécution du travail.....	583
2/ L'identité des dates de naissance utilisées en cas de juxtaposition d'un changement de régime matrimonial et de l'ouverture d'une procédure collective.....	585
3/ L'appréciation critique subséquente de quelques solutions jurisprudentielles	586
a) La date de naissance des redevances de crédit-bail.....	586
b) La date de naissance des redevances d'exploitation d'un brevet	588
B. Détermination négative par la limitation de l'accès au régime des dettes communes	588
1/ L'atteinte relativisée à la propriété des créances.....	590
a) Les créanciers communs systématiquement créanciers personnels de l'un des époux	591
b) La limitation des créanciers communs compensée par la diminution du sacrifice des créanciers personnels.....	592
2/ L'atteinte justifiée à la propriété des créances.....	593
a) La sécurité juridique subjective de la séparation de la famille	593
b) La sécurité juridique objective de la cohérence du mécanisme de la communauté légale	593
§ 2 : Détermination du gage de l'indivision.....	595
A. Détermination positive de la mesure de l'accès aux biens de l'indivision	596
1/ La créance économique constitutive des créances « de conservation et de gestion ».596	
2/ La créance économique constitutive du passif commun de toute indivision	598
a) L'indivision postcommunautaire.....	598
b) L'indivision du PACS.....	600
B. Détermination négative par l'exclusion d'un régime de faveur	602
1/ Limitation par contraste du privilège de séparation des patrimoines	602
2/ Limitation par contraste du recours personnel divis.....	608

Section 2 : La créance économique déterminant le gage des patrimoines d'affectation contemporains.....	612
§ 1 : La déclaration d'insaisissabilité	613
A. L'impasse dans la détermination des créances professionnelles postérieures.....	614
1/ Application pratique prévisible de l'acceptation économique de la créance.....	615
2/ Application théorique de la créance juridique seule protégée.....	616
B. L'issue par la disparition d'une institution dangereuse et inutile.....	617
§ 2 : La fiducie	620
A. La créance économique déterminant l'atteinte du patrimoine fiduciaire	621
1/ La créance économique derrière les créances "de conservation et de gestion"	621
a) Les dettes "de conservation et de gestion" constituant le passif exclusif du patrimoine fiduciaire	622
b) Des dettes économiques objectives nées à l'occasion du patrimoine fiduciaire	623
2/ Le transfert en fiducie des dettes de prix d'une exécution postérieure inhérente aux biens transférés.....	626
B. La créance économique envisageable au dénouement de la fiducie	631
1/ Une application inhérente à la qualité de dette en fiducie.....	631
2/ Le problème marginal des dettes juridiques apportées en fiducie ne retournant pas au constituant	634
§ 3 : L'EIRL.....	635
A. La créance économique déterminant le gage du patrimoine affecté	639
1/ La détermination directe du gage par la créance économique	640
a) L'actif du patrimoine affecté.....	640
b) Le passif du patrimoine affecté.....	641
2/ La précision indirecte du gage par la créance économique utilisée dans les rapports entre patrimoines.....	643
B. La créance économique applicable lors d'un changement de structure patrimoniale.....	646
1/ La créance économique dans la limitation du bénéfice du droit d'opposition au transfert du patrimoine.....	647
2/ La créance économique dans la limitation de la préservation du gage à la dissolution du patrimoine.....	654
 Chapitre 2 : La détermination du passif exempté de la discipline d'une procédure collective	 659
Section 1 : Dans la procédure collective commerciale.....	660
§ 1 : La mécanique du critère de créance économique	661
A. L'inéluctable date de naissance de la créance économique indiquant un passif privilégié	663
1/ L'acceptation économique de la créance historiquement introduite sans réelle considération pour la date de naissance de la créance.....	663
2/ L'acceptation économique de la créance aujourd'hui consubstantielle du régime des contrats en cours	667
3/ Le critère de date de naissance de la créance justifié par la considération des créances extracontractuelles.....	668
B. L'extension de la date de naissance de la créance économique par contraste des effets du privilège de procédure	670
1/ Un régime d'exception éludant les créances juridiques figées dans la procédure	670
2/ L'utilité par contraste du critère de date de naissance de la créance économique.....	672
a) La discipline de la procédure	672
b) Les comités de créanciers.....	673
c) L'AGS	674
§ 2 : L'exclusivité du critère objectif de créance économique.....	675
A. Appréciation critique du nouveau critère téléologique subjectif adjoint	676
1/ Les dangers du nouveau critère téléologique.....	678
a) Le sacrifice des créanciers de la procédure	678
b) La déresponsabilisation des organes de la procédure	680
2/ La lettre presque morte du nouveau critère téléologique adjoint.....	683
a) L'exclusion légale pour toute fourniture de prestation durant la procédure	683
b) L'exclusion jurisprudentielle pour toute créance inhérente à l'activité professionnelle	685

c) Un cantonnement subséquent marginal à l'existence incertaine et critiquable	687
3/ La nécessité d'un critère purement objectif	688
a) L'objectivité historiquement choisie par double rejet de toute considération subjective	689
b) L'objectivité dans la régularité de la créance.....	692
c) L'objectivité dans le privilège de conciliation	693
B. L'inutilité du nouveau critère téléologique par la résolution alternative des problèmes ayant présidé à son adoption.....	695
1/ La restauration du critère de date de naissance économique de la créance	697
2/ L'admission d'exceptions objectives pour certaines créances très spécifiques	701
a) Les créances postérieures devant être assimilées à des créances antérieures par le biais de l'accessoire	701
b) Les créances d'un intérêt supérieur à celui de la procédure	703
Section 2 : Dans les autres procédures collectives	711
§ 1 : La procédure du surendettement des particuliers	711
§ 2 : La procédure d'acceptation à concurrence de l'actif net.....	713